Die Rechtsnatur der Vormerkung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Carl Joachim v. Haase

Referendar in Ludwigslust

Barth

Buchdruckerei Carl Klock

1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Feine.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen, Berlin 1901.

Bierman, Joh.: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, (Kommentar), 1898.

Biermann, Joh.: dto. 1914.

Biermann, Joh.: Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901 (Bd. 8, 2. Heft der Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß).

Blum, Werner: Veräußerungsverbot und Vormerkung, Breslau 1906, Diss.

Bohmeyer, Paul: Die Vormerkung von Amts wegen nach der Reichsgrundbuchordnung, Diss. Halle 1910.

Bongartz, Heinr.: Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, Diss. Köln 1904.

Duchesne: Zur Umscheibung der Vormerkung, in Zentralbl. für freiw. Gerichtsbark., Notariat und Zwangsverst., Bd. 13, S. 681 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1904.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7./8. Aufl. Jena 1924.

Dernburg, Heinr.: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Bd. Halle 1898.

Ebner, Alfred: Die Vormerkung nach deutschem Reichsrecht. Diss. Berlin 1914.

Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 33./34. Aufl. Marburg 1928.

Feldmann, Ernst: Die Vormerkung. Diss. Heidelberg 1912.

Fuchs, Eugen: „Probleme des Sachenrechts" in Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 549 ff.

Fuchs, Eugen: „Zur Lehre von der Vormerkung" in Leipz. Zeitschr. 1914, S. 3 ff., 139 ff.
Fuchs, Eugen: Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917.
v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 2. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd. Sachenrecht, Berlin 1912.
Güthe, Georg: Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiete der Vormerkung, in Gruch. Beitr. Bd. 57, S. 1 ff.
Güthe-Triebel: Die Grundbuchordnung (Kommentar), 5. Aufl. Berlin 1929.
Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
Hedemann, Justus Wilhelm: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin-Leipzig 1924.
Heinrich, Hans: Die Wirkungen der Vormerkung, Diss. Erlangen 1911.
Hellwig, Konrad: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1916.
Katz, Paul: Vormerkung und guter Glaube im Grundbuch. Diss. Leipzig 1928.
Kober: Sachenrecht. In von Staudingers Kommentar. 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1926.
Krause, Ernst und Ziffer, Rudolf: Das Grundbuch. Erschienen als Band IX der „Gerichtspraxis", herausgegeben von Dr. Ernst Pape, 2. Auflage. Berlin 1928.
Langfeld, Adolf: Mecklenburgische Ausführungs-Verordnungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig, Berlin, Rostock 1899.
Leyser, Benno: Die rechtliche Natur der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Rostock 1904.
Löwenwarter, Vikt.: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Band Sachenrecht. Berlin 1925.
Maeyner, Kurt: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. des „Rechts der Grundstücke". München 1906.
v. Meibom, Viktor: Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig 1871..
Motive: Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Berlin, Leipzig 1888.
Neumann, Joh.: Vormerkung und Veräußerungsverbot. In J.W. 1902, S. 454 ff.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. 2. Auflage. Berlin 1900.
Othmer, Wilhelm: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht. 9. Heft der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, Breslau 1902.
Petersen-Enge, Marie: Die rechtliche Natur des Vormerkungsrechts. Diss. Marburg 1925.
Philipsen, Kurt: Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Berlin 1903.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Herausgegeben von Strohal. 3. Band Sachenrecht, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1920.
Prieſter, Otto: Die alte und die neue Vormerkung. In Arch. f. bürg. Recht. Bd. 22, Seite 143 ff.
Protokolle: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bearbeitet von Achilles-Spahn-Gebhard. Berlin 1899.
Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908.
Reichel, Hans: Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. In Jher. Jahrb. Band 46, Seite 59 ff.
Reichel, Hans: Die Umschreibung der Vormerkung. Ein Beitrag zum Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1907.
R.G.R.K.: Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten. 3. Bd. Sachenrecht, 6. Aufl., Berlin u. Leipzig 1928.
Rosenberg, Leo: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Bd. Sachenrecht. München 1919.
Sawitz, Hugo: Der Inhalt des Grundbuches nach § 892 B.G.B. Berlin 1908.
Scherer, M.: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.
Sekler, Gregor: Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München 1904.
Semeka, Gregor: Das Wartrecht (Einführung in die moderne Anwartschaftslehre). In Arch. f. bürg. Recht Bd. 35, S. 121.
Strecker, O.: Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken, Bd. 8 von „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen". Berlin 1908.

Strohal, Emil: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Leipziger Dekanatsprogramm 1904.
Strohal, Emil: Ueber relative Unwirksamkeit. Im 2. Teil der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911.
v. Thur, Andreas: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1901.
Ungewitter: Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche. In Gruchot Bd. 48, S. 156 ff.
Vervier: Wesen und Wirkung der Vormerkung. Diss. Würzbug 1903.
Voß: Ueber das Verhältnis zwischen relativem Veräußerungsverbot und Vormerkung nach dem B.G.B. In Jher. Jahrb. Bd. 60, S. 293 ff.
Walsmann, Hans: Der Verzicht. Leipzig 1912.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Tübingen 1927.
Weigelt: Vormerkung und Widerspruch. Diss.
Wolff, Martin: Das Sachenrecht, 27./32. Aufl. Marburg 1929.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Vormerkung und Widerspruch als Institute zur Vermeidung der dem Berechtigten aus den grundsätzlichen Unterschieden zwischen Schuldrecht und Sachenrecht drohenden Schädigungen 1

I. Teil.

Die Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen der Erforschung der Rechtsnatur der Vormerkung.

I. Die Stellung der Vormerkung im allgemeinen.

1. Die geschichtliche Entwicklung der Vormerkung, soweit sie für das Verständnis der heutigen Vormerkung nötig ist 3

2. Die Abgrenzung und Rechtfertigung des Institutes der Vormerkung 8

a) Der Unterschied zwischen der Vormerkung und dem Widerspruch 9

b) Die Notwendigkeit der Trennung von Vormerkung und Widerspruch aus Gründen der Systematik und die Rechtfertigung der Einreihung des Instituts der Vormerkung in das B.G.B. 10

II. Die Methode der Erforschung der Rechtsnatur der Vormerkung 12

1. Im allgemeinen. Die Art der Erforschung der Rechtsnatur der Vormerkung

a) nach der Stellung, welche die Vormerkung in der Systematik des B.G.B. einnimmt 12

b) nach den vom Gesetz bereits aufgestellten Wirkungen der Vormerkung 13

c) nach dem Zweck der Vormerkung 14

d) nötigenfalls aus ihrem geschichtlichen Werden heraus 14

2. Im besonderen.

a) Die Stellung der Vormerkung in der Systematik des B.G.B. 16

b) Der Zweck der Vormerkung, aus der Systematik des B.G.B. heraus entwickelt 18

Seite

c) Der in § 883 B.G.B. aufgestellte Zweck der Vormerkung und vergleichende Betrachtung mit dem oben aus der Systematik des B.G.B. heraus gefundenen Zweck 21

2. Abschnitt: Die Konstruktionen der rechtlichen Natur der Vormerkung 25

A. Die Vormerkung im weiteren Sinne. (Vormerkung und Anspruch; der Anspruch wird verändert) 27

I. Die Vormerkung macht den Anspruch zu einem dinglichen Recht 27

1. in unbedingter Weise (Othmer) 28

2. in bedingter Weise, wobei die Bedingung besteht

a) in der Liquidestellung des Anspruchs (Fuchs) . . . 34

b) in der endgültigen Eintragung (frühere Ansicht Jaegers) 38

II. Die Vormerkung macht den Anspruch zu einem Mittelding zwischen dinglichem Recht und obligatorischem Anspruch, nämlich

1. zu einem ius ad rem (Gierke) 40

2. zu einer obligatio in rem scripta (Oberneck) . . . 43

B. Die Vormerkung im eigentlichen Sinne. (Vormerkung allein) 45

I. Die Vormerkung als dingliches Recht im weiteren Sinne 45

1. als dingliches Recht im eigentlichen Sinne (Recht am Grundstück) (Scherer, Petersen-Enge) 45

2. als dingliches Befriedigungsrecht, ähnlich der Sicherungshypothek (Sekler usw.) 49

3. als dingliches Recht eigener Art (absolutes Recht) (Cosack) 51

4. als Erwerbsberechtigung (Recht auf Rechtsänderung) (Enneccerus, Endemann usw.) 53

5. als negatives Herrschaftsrecht (Wolff) 55

II. Die Vormerkung als (qualifizierte) Verfügungsbeschränkung im weiteren Sinne 57

1. als nichtvertragliche (qualifizierte) Verfügungsbeschränkung (Veräußerungsverbot) 60

2. als vertragliche (qualifizierte) Verfügungsbeschränkung (Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne) 65

III. Die Vormerkung als Grundbuchvermerk 67

3. Abschnitt: Die Definition der Vormerkung 72

I. Die Ansichten der anderen Schriftsteller, soweit sie der Vormerkung die rechtliche Natur eines Grundbuchvermerks beilegen 72

Seite

II. Eigene Ansicht 76

4. Abschnitt: Die Prüfung der Richtigkeit dieser Definition an den vom Gesetz der Vormerkung beigelegten Wirkungen 79

5. Abschnitt: Weitere Wirkungen der Vormerkung 80

I. Im allgemeinen 80

II. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den guten Glauben auf die Vormerkung 82

III. Die Anwendbarkeit der §§ 894 und 899 auf die Vormerkung 92

II. Teil.

Die Vormerkung der Grundbuchordnung.

I. Die Anwendbarkeit der G.B.O.-Vormerkung 102

II. Ihr Zweck 103

III. Ihre Rechtsnatur 104

IV. Ihre Definition 107

V. Ihre Wirkungen 107

VI. Vormerkung nach G.B.O. und nach B.G.B.: Unterschiedliches und Gemeinsames 108

Einleitung.

Während auf dem Gebiete des Schuldrechts es das Bestreben des Gesetzgebers war, im Interesse des eine möglichst schnelle und reibungslose Abwicklung des Geschäftsverkehrs erfordernden Verkehrsbedürfnisses den Parteien möglichst weitgehende Erleichterungen bei dem Abschluß und der Gestaltung von Rechtsgeschäften zu gewähren, so hinsichtlich des Abschlusses von Rechtsgeschäften durch die Ermöglichung des formlosen Abschlusses eines Rechtsgeschäftes, wovon das B.G.B. nur in einigen Fällen, in denen es sich um Geschäfte von besonderer Tragweite handelt, wie bei der Uebertragung oder Belastung des ganzen Vermögens (§ 311) oder beim Verkauf eines Grundstückes (§ 313), bei der Abgabe eines Schenkungsversprechens (§ 518) oder beim Abschluß eines Miet- oder Pachtvertrages von längerer Dauer (§§ 566, 581) usw. eine Ausnahme macht, hinsichtlich der Gestaltung von Rechtsgeschäften durch das in § 305 aufgestellte Prinzip der Vertragsfreiheit, hat der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Sachenrechts und besonders auf dem des Immobiliarsachenrechts den Abschluß und die Ausgestaltung von Rechtsgeschäften unter eine Reihe von erschwerenden Formen gestellt. Nicht nur hat der Gesetzgeber im Gegensatz zum Schuldrecht hier nur eine fest umgrenzte Zahl von Rechtsgeschäften zugelassen, sondern er hat auch den Abschluß dieser Rechtsgeschäfte dadurch erschwert, daß er auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechts zum Zustandekommen jeder Rechtsänderung, von unbedeutenden Ausnahmen abgesehen, neben der Einigung auch die Eintragung dieser Rechtsänderungen zur Bedingung ihrer Wirksamkeit macht. Während andererseits auf dem Gebiete des Schuldrechts der Gesetzgeber den Verlust einer Forderung grundsätzlich [1]) von einer Mitwirkung des Berechtigten

[1]) nur grundsätzlich, es gibt auch Ausnahmen. Aber diese Ausnahmen betreffen nur Fälle, in denen der Gläubiger einen Ausgleich

abhängig gemacht hat, läßt er auf dem Gebiete des Sachenrechts den Verlust eines Rechtes auch ohne das Mitwirken des Berechtigten eintreten, indem er den Berechtigten seines Rechtes verlustig gehen läßt, wenn ein Dritter gutgläubig das Recht von einem Nichtberechtigten erwirbt (§§ 892, 932 ff. 1207). Durch diese Vorschriften, die Erschwerung des Erwerbs von Rechten einerseits und den leichteren Verlust von Rechten andererseits, können schwere Schädigungen im ersteren Falle für denjenigen, der ein Recht erwerben will, im zweiten Falle für den, der ein Recht inne hat, entstehen. Zur Vermeidung dieser Schädigungen hat der Gesetzgeber für das Immobiliarsachenrecht zwei vorläufige Eintragungen, die dem Erwerber eines Rechtes dessen Erwerb sichern und den Besitzer eines Rechts vor dessen Verlust bewahren sollen, geschaffen. Es sind dies die Vormerkung und der Widerspruch. Beide sind nicht erst durch das B.G.B. geschaffen worden, sondern haben, wenn auch vielfach in anderen Formen, schon früher bestanden.

---

für den Verlust seiner Forderung erlangt, im Gegensatz zum Sachenrecht, wo ihm höchstens ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erwächst. Solche Ausnahmen, bei denen der Gläubiger ohne seine Mitwirkung der Forderung verlustig geht, sind z. B. die Aufrechnung (Ausgleich: Befriedigung des Gläubigers), die cessio legis (Ausgleich: der Gläubiger ist von dem, auf den die Forderung übergeht, bereits befriedigt worden), die gerichtliche Forderungsüberweisung (Ausgleich: eine andere Forderung dessen, an den die Forderung des Gläubigers überwiesen wird, gegen den Gläubiger erlischt in Höhe der überwiesenen Forderung) usw. Nicht hierher gehört der Fall, daß der Schuldner nach § 407 mit befreiender Wirkung statt an den Cessionar an den Cedenten noch leistet; denn dann verliert der Gläubiger seine Forderung nicht, er muß sie nur gegen den Cendenten statt gegen den Schuldner geltend machen. Ebensowenig gehört hierher der Fall, daß der Schuldner in Konkurs fällt; denn dann erlischt die Forderung nicht, sie wird nur nicht voll befriedigt. Der Mitwirkung des Gläubigers ist eine vom Gesetz mit nachteiligen Wirkungen verbundene Unterlassung gleichzustellen, was insbesondere für die Verjährung von Bedeutung ist.

I. Teil.

Die Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Abschnitt.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Aufgabe, auf die Entwicklung dieser beiden Institute hier näher einzugehen; es sei hier verwiesen auf die sehr ausführlichen Darlegungen von Biermann[2]), für Preußen ferner auf die Ausführungen von Sekler[3]) und auf die ausführliche Schrift von Borchardt[4]), für Mecklenburg insbesondere auf die Ausführungen von Meibom und Langfeld. Nur soweit es für das Verständnis der Natur von Vormerkung und Widerspruch nach heutigem Recht notwendig oder zweckmäßig erscheint, soll hier kurz auf die geschichtliche Entwicklung der beiden Institute eingegangen werden. Hauptsächlich kommt hierfür das preußische Recht in Frage; denn hier zeigt sich die Entwicklung am deutlichsten, und auf dem preußischen Recht bauen sich Vormerkung und Widerspruch des heutigen Rechts zu einem wesentlichen Teil auf. Auch hatten verschiedene andere deutsche Länder, meist allerdings nur Kleinstaaten, wie Oldenburg, Coburg-Gotha usw. eine ähnliche Regelung wie die preußischen Gesetze getroffen[5]). Die Regelung in anderen Ländern, insbesondere in den größeren norddeutschen Ländern, wie Hamburg, Mecklenburg und Sachsen, dagegen war ganz anders. Hier bedeuteten Eintragungen dieser Art, die in den verschiedenen Ländern die verschiedensten Namen trugen, nur eine Sperre des Grundbuchs für alle späteren dem durch die

---

[2]) Vormerkung und Widerspruch, Seite 1 bis 56.

[3]) S. 4 bis 12.

[4]) Die Vormerkung im heutigen gemeinen preußischen Immobiliarrecht, Berlin 1887, Diss.

[5]) Motive, Band 3, Seite 238.

vorläufige Eintragung betroffenen Rechte nachteiligen Eintragungen [5]). Soweit also die Entwicklung der Vormerkung zu dem heutigen Rechtszustand ausgeführt werden muß, kann hier lediglich auf die preußische Regelung Bezug genommen werden.

Hier waren Vormerkung und Widerspruch ursprünglich keine getrennten Institute, sondern beide waren unter dem Namen „Protestationen" zusammengefaßt. Nach der „Allgemeinen Hypothekenordnung für die gesamten Königlichen Staaten" von 1783 sind Protestationen zulässig, wenn jemand einen Realanspruch behauptet, den er aber unverschuldetermaßen nicht sofort liquid machen kann (§ 289), oder falls die Entstehung eines Realanspruchs zweifelhaft ist (§ 107) oder gegen seine Rechtsgültigkeit oder Eintragung Einwendungen erhoben werden (§ 152). Unter „Realansprüchen" sind sowohl die dinglichen Rechte selbst wie auch Ansprüche auf Einräumung dinglicher Rechte zu verstehen [6]). Die Protestationen im Sinne des § 289 H.O. sind also zulässig, sowohl wenn jemand ein dingliches Recht selbst behauptet, wie wenn er einen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes behauptet. Die Wirkung der Protestation besteht darin, daß während ihres Bestehens jede Verfügung über den protestierten Realanspruch dem Protestanten, soweit er wirklich ein Recht hat, nicht nachteilig werden kann (§ 298 H.O.). Die Protestation der preußischen H.O. erfüllt also zugleich die heutigen Funktionen des Widerspruchs und der Vormerkung. Widerspruch ist sie, soweit sie dingliche Rechte schützt, Vormerkung, soweit sie einen Anspruch auf Einräumung eines Rechtes schützt [7]). Die Art der Eintragung entspricht im heutigen Recht der Eintragung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung. Die dem heutigen Recht bekannte Eintragung auf Bewilligung des Passivbeteiligten hin kannte dagegen die H.O. nicht [8]).

Neben der eben besprochenen Protestation gab es noch eine andere Protestation, die sich im heutigen Recht ebenfalls wiederfindet. Es ist dies die Protestation des § 18, Titel 2 H.O.

---

[6]) Biermann S. 2f; Sekler S. 4.

[7]) so auch Biermann und Sekler a. a. O.

[8]) so auch Othmer S. 6.

Danach muß, falls alle materiellen Erfordernisse zur Eintragung vorliegen, die formellen Erfordernisse, die zur Eintragung nötig sind, dagegen nicht sämtlich vorhanden sind, unter Erteilung einer Rechtsbelehrung und Setzung einer Frist zur endgültigen Behebung der gerügten formellen Mängel das Gericht von Amtswegen eine Protestation für den Extrahenten eintragen. Dadurch wird dem Extrahenten für das protestierte Recht der Rang gesichert; spätere Eintragungen können dem Rang des protestierten Rechtes, wenn es endgültig eingetragen wird, nicht mehr schaden, sondern gehen ihm im Range nach (§ 18 H.O.). Diese Bestimmung entspricht fast genau unserem heutigen § 18 G.B.O.; ein Unterschied besteht nur darin, daß die Eintragung der Vormerkung heute erst dann stattfindet, wenn ein weiterer Antrag auf Eintragung, der dasselbe Recht betrifft, eingeht, während das Eingehen eines solchen weiteren Antrages nach § 18 H.O. nicht erforderlich war.

Wenn man diesen Zustand, wie ihn die H.O. festlegte, überblickt, so kann man feststellen, daß schon zu dieser Zeit die beiden wichtigsten Arten der Vormerkung, die wir heute kennen, sich klar herauszubilden beginnen, nämlich die Protestation zur Erhaltung eines Realrechts, die die heutigen Institute des Widerspruchs und der Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuch umfaßt, und die Protestation von Amtswegen, die den heutigen Instituten von Vormerkung und Widerspruch nach der Grundbuchordnung entspricht.

Unbekannt dagegen waren dem damaligen Rechte die weniger wichtigen Vormerkungen des § 1179 B.G.B. und des § 76 G.B.O. Dafür gab es nach der H.O. eine Reihe anderer Vormerkungen, die heute weggefallen sind.

Weiter entwickelt wurde diese Regelung durch das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 (Ges.Samml. S. 433 ff.) und die Grundbuchordnung vom gleichen Tage (Ges.Samml. S. 446 ff.). An die Stelle des Ausdrucks „Protestation" ist jetzt die Bezeichnung „Vormerkung" getreten. Vormerkungen sind zugelassen zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigentumsüberganges (§ 8 E.E.G.) oder eines dinglichen Rechts (§ 16 E.E.G.) oder des Erwerbs eines Trennstücks

(§ 64 G.B.O.) sowie zur Sicherung der Wirkungen der Anfechtung des Eigentumsüberganges (§ 9 E.E.G.). Während die letztere Vormerkung bezweckt, den Anfechtenden als den wahren Eigentümer des Grundstücks zu kennzeichnen, sich also gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in Ansehung des Eigentums richtet und somit dem heutigen Widerspruch entspricht, sind die an den anderen Stellen aufgeführten Vormerkungen, wie sich aus dem doppelsinnigen Wortlaut [9]) ergibt, möglich sowohl als Vermerke zur Sicherung eines bereits bestehenden Rechtes wie zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes [10]). Sie sichern in gleicher Weise dingliche Rechte wie obligatorische Ansprüche auf Einräumung dinglicher Rechte, entsprechen also sowohl dem Widerspruch wie der Vormerkung des B.G.B. Dies bedeutet sonach kaum eine Neuerung gegenüber der Regelung der H.O. Ein großer Fortschritt gegenüber diesem Gesetze liegt jedoch darin, daß die Eintragung einer Vormerkung jetzt nicht mehr ausschließlich auf richterliche Anordnung, sondern auch auf die Bewilligung des Passivbeteiligten hin möglich ist (E.E.G. §§ 8, 16; G.B.O. § 64). Damit ist die Vormerkung dieser Gesetze der des B.G.B. schon ganz erheblich angenähert. Jedoch muß berücksichtigt werden, daß unter „Vormerkung" auch noch der Vermerk zur Sicherung bestehender Rechte verstanden wird, also das Institut, das heute „Widerspruch" heißt, und daß es ferner nach den Gesetzen von 1872 noch Vormerkungen zum Schutze gegen den Verlust von Einreden gibt (vgl. §§ 38 Abs. 2 und 60 E.E.G. in Verb. mit §§ 70 E.E.G., 88 Abs. 2 G.B.O. [11]).

Abweichend von der H.O. von 1783 sagen die beiden Gesetze von 1872 dagegen nichts über die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung in dem Falle, daß der Antrag auf Eintragung des endgültigen Rechtes bereits gestellt ist, aber wegen des Mangels einer formellen Voraussetzung noch nicht eingetragen

---

[9]) „Zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung eines dinglichen Rechts".

[10]) so auch Biermann S. 9 f; Sekler S. 8; Philipsen S. 5.

[11]) vgl. Biermann S. 10.

werden kann. Aus § 46 G.B.O., wie auch Bohmeyer, der als Einziger überhaupt diese Frage behandelt, mit Recht betont [12]), insbesondere aber, was Bohmeyer merkwürdigerweise gänzlich übersehen zu haben scheint, aus § 48 Abs. 1 G.B.O. geht die Absicht des Gesetzgebers deutlich hervor, eine Vormerkung zur Rangsicherung des mit dem Hindernis behafteten Rechtes nicht zuzulassen, sondern den Antrag auf Eintragung erst dann entgegenzunehmen, wenn das Hindernis behoben ist, und das Recht erst dann mit dem ihm dann nach der Reihenfolge der Einträge bzw. dem Datum zukommenden Range einzutragen. Wenn sich die Praxis darüber hinwegsetzt und auch unter den Gesetzen von 1872 es für unbedenklich hält, wenn der Grundbuchrichter im Falle des Fehlens einer Urkunde eine Zwischenverfügung erläßt und nach der dann erfolgten Beibringung der Urkunde das Recht mit dem Range, den es erhalten hätte, wenn es zur Zeit des Erlasses der Zwischenverfügung eingetragen worden wäre, einträgt [13]), so ist dies zweifellos eine mit dem ursprünglichen Willen des Gesetzes nicht vereinbare Weiterbildung des alten, vor dem Erlaß dieser Gesetze geltenden Zustandes.

So hatten die Gesetze von 1872 und die Praxis das Institut der Vormerkung weitergebildet, jedoch auch bis jetzt noch keine Scheidung vorgenommen zwischen Vermerken, die den Berechtigten gegen den Verlust oder die Beeinträchtigung eines bestehenden, aber noch nicht eingetragenen Rechtes sichern sollten, und solchen, die ihm lediglich für den obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes eine Sicherung verschaffen sollten. Diese Scheidung vorzunehmen blieb den Redaktoren des B.G.B. vorbehalten.

Während die erste Kommission nur eine Vormerkung zur Sicherung bereits bestehender dinglicher Rechte zulassen wollte (§ 844 des Entwurfs der ersten Kommission), die auf Anordnung des Gerichts (§ 845 Abs. 1) oder auf Bewilligung desjenigen, gegen dessen eingetragenes Recht sie sich richtet (§ 845 Abs. 3),

---

[12]) S. 7.

[13]) so R.G.Z. 33, 236.

eingetragen werden konnte, sich jedoch aus prinzipiellen Konstruktionsgründen, die mit der reinlichen Scheidung zwischen obligatorischen Ansprüchen und dinglichen Rechten zusammenhingen, gegen die Aufnahme einer Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung aussprach und auch jedes praktische Bedürfnis für eine solche Vormerkung verneinte [14]), stellte die zweite Kommission unter dem Eindruck der Forderungen des größten Teiles der Bundesregierungen [15]) und namhafter Juristen [16]) die preußische Regelung wieder her und erweiterte sie noch dadurch, daß sie auch Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines dinglichen Rechtes zuließ (§ 803 des Entwurfs der zweiten Kommission). Ferner aber nahm die zweite Kommission endlich eine reinliche Scheidung zwischen den Vormerkungen zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung und den Vormerkungen zur Erhaltung eines schon bestehenden, aber im Grundbuch nicht oder nicht richtig eingetragenen dinglichen Rechtes vor, indem sie beide in getrennten Paragraphen behandelte und außerdem, um diesen Unterschied auch äußerlich kenntlich zu machen, der ersteren den Namen Vormerkung beließ, während sie der letzteren den Namen Widerspruch beilegte. Diese Regelung, wie sie die zweite Kommission getroffen hatte, ging dann mit nur geringen Aenderungen in das B.G.B. über. Jetzt endlich war die Trennung zwischen diesen beiden Instituten vollzogen, die, wie Cosack [17]) treffend bemerkt, zwar Geschwister sind, aber auch alle Verschiedenheiten, die Geschwister zu haben pflegen, aufweisen. Da noch vielfach Unklarheit herrscht, welches die Unterschiede zwischen diesen beiden Instituten sind, bedarf dies noch einer näheren Erläuterung.

Vormerkung und Widerspruch haben mit einander gemeinsam, daß sie beide, wie unten des Näheren auszuführen sein wird,

---

[14]) Motive, Band 3 S. 237 ff.

[15]) so u. a. Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Hessen, Mecklenburg. Vgl. Biermann S. 67 f.

[16]) Darunter vor allem von Meibom, Gierke und Fuchs.

[17]) 4. Auflage 1904, S. 23.

nur vorläufige Einträge im Grundbuch sind und selbst weder dingliche Rechte sind noch auch dingliche Rechte erzeugen. Beide sind Sicherungsmittel, sei es zur Sicherung des Erwerbs eines dinglichen Rechtes, sei es zur Sicherung gegen den Verlust eines solchen. Beide sollen Dritte davon bewahren, Rechte zu erwerben, deren sie unter Umständen später wieder verlustig gehen, oder die demjenigen, von dem sie sie erwerben, nicht zustehen. Im übrigen aber weisen Vormerkung und Widerspruch wichtige Unterschiede auf.

Der Widerspruch ist geschaffen zum Schutze eines bestehenden, aber nicht oder nicht richtig eingetragenen Rechtes, oder zum Schutze gegen ein eingetragenes, in Wirklichkeit aber nicht bestehendes Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte oder eine Verfügungsbeschränkung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person (§§ 894, 899). Soll ein Widerspruch eingetragen werden, so ist also stets Voraussetzung, daß bereits ein dingliches Recht besteht, daß der Inhalt des Grundbuchs aber mit diesem Rechte nicht im Einklang steht und daß dieses Recht durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt wird. Demgegenüber ist die Vormerkung geschaffen zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes oder auf Aenderung seines Inhalts oder Ranges. Die Vormerkung setzt also nicht das Bestehen eines dinglichen Rechtes voraus, sondern hat im Gegenteil zur Voraussetzung, daß ein solches Recht nicht besteht, sondern erst erworben werden soll, ferner setzt sie nicht, wie der Widerspruch, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus, vielmehr hat die Vormerkung mit der Richtigkeit oder der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht das Geringste zu tun, da das Grundbuch nur durch falsche Eintragung eines Rechtes „unrichtig“ im Sinne des Gesetzes werden kann, die Vormerkung aber, wie bereits ausgeführt, gar kein bestehendes Recht sichern soll, sondern erst den Anspruch auf den Erwerb, die Aufhebung oder die Aenderung eines Rechtes.

Zusammenfassend kann man demnach sagen: Der Widerspruch ist gegeben zur Sicherung gegen den Verlust eines Rechtes, die

Vormerkung zur Erleichterung des Erwerbs, der Aufhebung oder der Aenderung eines Rechtes. Damit komme ich auf die Ausführungen zurück, die ich oben über die prinzipiellen Unterschiede zwischen Schuldrecht und Sachenrecht gemacht habe [18]). Wenn ich dort ausführte, die grundlegenden Unterschiede zwischen dem Schuldrecht und dem Sachenrecht beständen einerseits in der Erschwerung des Abschlusses und der Ausgestaltung von Rechtsgeschäften und somit des Erwerbes, der Aenderung oder der Aufhebung von Rechten und andererseits in der leichteren Möglichkeit des Verlustes eines Rechts im Sachenrecht, so sehen wir hier, daß der Gesetzgeber gegen die Nachteile, die aus diesen beiden Unterschieden für den Erwerber oder Besitzer eines dinglichen Rechtes entstehen können, Sicherungsmaßregeln für den durch diese Nachteile Betroffenen geschaffen hat, und diese Sicherungsmaßregeln sind die Vormerkung und der Widerspruch.

Zugleich dürfte hiermit bewiesen sein, daß es tatsächlich notwendig ist, einen scharfen Trennungsstrich zwischen Vormerkung und Widerspruch zu ziehen; denn zwei von einander ganz verschiedene Unterschiede sind es, die ich erwähnte, und zwei ganz verschiedene Sicherungsmittel muß es deshalb auch geben. Und deshalb mußte das B.G.B. auch diese beiden verschiedenen Sicherungsmittel gewähren und sie im Interesse der Systematik deutlich von einander scheiden, anders als im preußischen Recht. Die Sicherungsmaßregel gegen die Nachteile aus dem ersten Unterschied, nämlich der Erschwerung des Abschlusses und der Ausgestaltung von Rechtsgeschäften im Sachenrecht und somit des Erwerbs, der Aenderung und der Aufhebung von Rechten, ist die Vormerkung, die Sicherungsmaßregel gegen den anderen Unterschied, nämlich den leichteren Verlust von Rechten im Sachenrecht, ist der Widerspruch. Mit diesen Ausführungen glaube ich auch die Rechtfertigung des Bestehens der Institute der Vormerkung und des Widerspruchs im B.G.B. erbracht zu haben und gleichzeitig auch die Ansicht der ersten Kommission, ein praktisches Bedürfnis für die Vormerkung bestehe nicht und sei aus systematischen Gesichtspunkten, da sie den Unterschied zwischen

[18]) S. 1 ff.

obligatorischen und dinglichen Rechten verwische, auch nicht erwünscht, widerlegt zu haben; denn man darf die Systematik des B.G.B. nicht nach einem einzelnen Teil desselben, dem Sachenrecht beurteilen, sondern nur nach der Einheitlichkeit des ganzen Gesetzbuches; und im Interesse einer solchen Einheitlichkeit ist die Vormerkung nicht nur erwünscht, sondern auch notwendig. Man führe dagegen nicht an, daß es im Mobiliarsachenrecht keine derartigen Sicherungen gäbe; das liegt daran, daß sich dort keine Handhabe für die Einführung dieser Sicherungen fand, während im Immobiliarsachenrecht das Grundbuch eine solche Handhabe bietet; da sie sich bot, mußte man sie im Interesse der Systematik aber auch benutzen.

Wenn auch diese Rechtfertigung des Instituts der Vormerkung nicht zum Thema zu gehören scheint, so war sie doch notwendig; denn eine Arbeit, die sich mit der Rechtsnatur der Vormerkung befassen soll, darf sich doch nicht hierauf allein beschränken, sondern muß auch das Institut, dessen Rechtsnatur dargelegt werden soll, selbst rechtfertigen. Zugleich aber muß sie aus diesen systematischen Erkenntnissen heraus auch Schlüsse auf den Zweck der Vormerkung und damit indirekt auch auf ihre rechtliche Natur ziehen; denn bei einem Institut, dessen Rechtsnatur mangels positiver Gesetzesbestimmungen so stark umkämpft ist, wie es bei der Vormerkung der Fall ist, muß auf die Stellung der Vormerkung im System selbst auch zurückgegriffen werden. Aber noch einen anderen Zweck verfolgen die bisherigen Ausführungen. Einige Schriftsteller lassen sich über die Rechtsnatur der Vormerkung aus, indem sie ausführen, man dürfe zwar nicht von vornherein behaupten, die heutige Vormerkung habe dieselbe Rechtsnatur wie die des preußischen Rechts, aber letztere bilde doch ein wertvolles Hilfsmittel bei der Erkenntnis der Rechtsnatur der heutigen Vormerkung. Daß dies nicht richtig ist, hoffe ich dadurch klargestellt zu haben, daß ich an Hand der historischen Entwicklung der Vormerkung im preußischen Recht zeigte, daß diese etwas anderes ist als die heutige Vormerkung, daß sie zwar die heutige Vormerkung in sich enthält, daß diese aber nur ein Teil der älteren Vormerkung ist, da jene auch das Institut, das wir heute als Widerspruch bezeichnen, in sich enthielt.

Wie ist die Rechtsnatur der Vormerkung zu erforschen?

Literatur und Praxis standen, wenigstens überwiegend, auf dem Standpunkt, daß die Vormerkung des preußischen Rechts, soweit sie die Sicherung eines Anspruchs auf Erwerb, Aenderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts, insbesondere einer Hypothek, betraf, das zu erwerbende, zu ändernde oder aufzuhebende Recht bereits in bedingter Form entstehen bzw. erlöschen ließe, daß zum Beispiel eine Hypothekenvormerkung bereits eine bedingte Hypothek entstehen ließe [19]). Auch das Reichsgericht stand, wie insbesondere die Entscheidung Band 27 S. 238 aus dem Jahre 1891 zeigt, auf diesem Standpunkt, wenn es ausführt, der Anspruch werde durch ein dingliches Recht an dem Grundstück geschützt, die Vormerkung gewähre dieses Recht in bedingter Form. Daß diese Auffassung durchaus nicht unbestritten war, zeigt die namhafte Reihe von Schriftstellern, die Biermann als Vertreter anderer Auffassungen über die Rechtsnatur der preußischen Vormerkung zitiert [20]). Aber wie schon erwähnt, darf die Auffassung über die Rechtsnatur der preußischen Vormerkung nicht als Grundlage für die Beurteilung der heutigen Vormerkung gelten, da die heutige Vormerkung nur einen Teil des Anwendungsgebietes der preußischen Vormerkung umfaßt. Deshalb soll hier auch die Berechtigung der allgemeinen Auffassung von dem preußischen Vormerkungsrecht als einem bedingten Recht nicht weiter untersucht werden. Es erhebt sich aber die Frage, von welcher Grundlage man ausgehen will, wenn man die Rechtsnatur der heutigen Vormerkung untersuchen will.

Da ist natürlich zunächst das Gesetz selbst heranzuziehen. Aber weder das B.G.B. noch sonst ein Gesetz geben eine Definition des Vormerkungsbegriffes oder sagen etwas über ihre rechtliche Natur aus. Das ist auch kaum möglich, wußte doch der Gesetzgeber selbst nicht, welche Rechtsnatur der Vormerkung zukäme.

---

[19]) vgl. hierzu Biermann S. 16 ff., der ausführlich die Ansichten der einzelnen Schriftsteller behandelt.

[20]) S. 18 ff.

Denn als in der zweiten Kommission, die die Vormerkung wieder einführte, die Rede auf die Rechtsnatur der Vormerkung kam, zeigte sich, daß hierüber durchaus kein Einverständnis herrschte und auch nicht zu erreichen war. Die Meinungen gingen ganz erheblich auseinander, und es wurde bereits damals so ziemlich jede Ansicht vertreten, die wir noch heute bei den verschiedenen Schriftstellern wiederfinden. Da bei diesen weitgehenden Meinungsverschiedenheiten eine Einigung völlig unmöglich war, beschloß man schließlich, die Klärung dieser Frage der Wissenschaft zu überlassen [21]). Im Gesetze selbst findet sich unter diesen Umständen keine Bestimmung, was die Vormerkung denn eigentlich sei. Die Möglichkeit, aus dem Willen des Gesetzgebers Schlüsse auf die Rechtsnatur der Vormerkung zu ziehen, scheidet infolgedessen gänzlich aus.

Ein weiterer Weg wäre, aus den Wirkungen, die der Gesetzgeber der Vormerkung beigelegt hat, Schlüsse auf die Rechtsnatur der Vormerkung zu ziehen, allein auch dieser Weg ist bedenklich. Selbstverständlich darf man der Vormerkung nicht eine Rechtsnatur beilegen, die mit ihren Wirkungen im Widerspruch steht; denn dann legt man praeter legem aus, und das ist wohl kaum angebracht. Wenn Fuchs deshalb behauptet, bei dem Widerstreit von Terminologie des Gesetzes und Sinn der Vormerkung müßten System und Terminologie hinter dem materiellen Inhalt der Rechtsnormen gänzlich zurücktreten [22]), so vermag ich ihm darin nicht zu folgen. Wohl aber steckt ein richtiger Kern in diesen Ausführungen; denn es ist einleuchtend, daß man die Terminologie nicht allein entscheiden lassen darf, da der Gesetzgeber ja selbst nicht gewußt hat, welche Rechtsnatur er der Vormerkung beilegen solle, und infolgedessen auch die Terminologie nicht darauf hat abstellen können. Außerdem ist es zweifelhaft, ob man aus bestimmten Wirkungen, die der Gesetzgeber der Vormerkung beigelegt hat, Schlüsse auf ihre Rechtsnatur ziehen darf, weil man nicht weiß, ob der Gesetzgeber diese Wirkungen als aus der Rechtsnatur der Vormerkung entspringend hat kenn-

---

[21]) a. a. O. S. 118.

[22]) Grundbegriffe S. 178.

zeichnen wollen, indem er die Meinung der Mehrheit der Kommissionsmitglieder als maßgebend zu Grunde gelegt hat, oder ob er damit hat Ausnahmen statuieren wollen, oder ob er endlich, was das Wahrscheinlichste ist, einfach aus praktischen Gesichtspunkten heraus einige Wirkungen aufgestellt und es dann der Wissenschaft überlassen hat, wie sie diese Wirkungen mit der von ihr festgestellten Rechtsnatur der Vormerkung in Einklang bringt. Schriftsteller, die nur von den im Gesetze festgelegten Wirkungen der Vormerkung ausgehen, kommen denn auch, je nachdem sie diese Wirkungen als allgemeine, aus der Rechtsnatur der Vormerkung entspringende Regeln oder als Ausnahmen hinstellen, zu ganz verschiedenen Ergebnissen in ihrer Beurteilung der rechtlichen Natur der Vormerkung. Hierbei ist die Gefahr allzu groß, daß man je nach seinem persönlichen Wunsch einige Wirkungen herausgreift und dann aus der Vormerkung das macht, was man am liebsten daraus machen möchte. Auch dieser Weg ist also nicht gangbar.

Ein dritter Weg ist der, aus dem Zweck der Vormerkung Schlüsse auf ihre Rechtsnatur zu ziehen. Auch dieser Weg ist bedenklich, wenn man ihn allein beschreitet; denn erstens ist sich die Wissenschaft auch über den Zweck der Vormerkung durchaus nicht einig, und zweitens kann man hier allzu leicht mit den der Vormerkung vom Gesetzgeber positiv beigelegten Wirkungen in Konflikt kommen.

Richtig erscheint mir infolgedessen nur ein Zusammenfassen aller dieser Wege, wenn man die Rechtsnatur der Vormerkung erforschen will. Auch das bietet zwar keine absolute Sicherheit vor Fehlschlüssen, aber doch jedenfalls die relativ größte. Es gilt zunächst Zweck und Wirkungen der Vormerkung zu untersuchen und miteinander in Einklang zu bringen. Dann wird man untersuchen müssen, ob die Wirkung vielleicht eine Ausnahme von dem allgemeinen Zweck der Vormerkung bildet, und dies wird man nur bejahen dürfen, wenn es sich ergibt, daß diese Wirkung *nur* eine Ausnahme sein kann und daß diese Ausnahme im Einzelfall notwendig ist. Auch wird man die Stellung der Vormerkung in der Systematik des B.G.B. und nötigenfalls auch die geschichtliche Entwicklung zum Vergleich heranziehen müssen.

Unter Berücksichtigung aller dieser Punkte muß man dann zu einer Herausschälung der Rechtsnatur der Vormerkung zu kommen suchen, wobei dem Zweck der Vormerkung der Vorrang gewährt werden muß, aber stets unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen, die nur insoweit als Ausnahmen hingestellt werden dürfen, als sie unmöglich mit dem Zweck der Vormerkung und der Systematik des B.G.B. übereinstimmen können. Eine absolute Sicherheit bietet auch dieser Weg nicht, weil

1. der Zweck nicht allein die Grundlage abgeben kann, da er mit den positiven Vorschriften des Gesetzes in Widerspruch geraten kann,
2. die Systematik des B.G.B. und die Stellung der Vormerkung innerhalb dieser Systematik aus demselben Grunde keine geeignete alleinige Grundlage abgeben kann,
3. die Wirkungen der Vormerkung nicht allein berücksichtigt werden dürfen, da dem Gesetzgeber selbst kein diese Wirkungen einheitlich ausgestaltender Begriff von dem Wesen der Vormerkung vorgeschwebt hat,
4. die alleinige Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung Gefahren mit sich bringen kann, da die heutige Vormerkung nicht mit den Protestationen und Vormerkungen des preußischen Rechtes identisch ist.

Faßt man aber alle diese Gesichtspunkte zusammen und sucht man sie mit einander in Einklang zu bringen, so besteht jedenfalls eine gewisse Gewähr dafür, daß man zu brauchbaren Resultaten gelangt, und deshalb soll dieser Weg in Ermangelung eines besseren beschritten werden. Die geschichtliche Entwicklung der Vormerkung ist bereits dargelegt worden, so bleibt nur noch die Untersuchung der drei anderen Gesichtspunkte, wobei der Zweck der Vormerkung und ihre Stellung in der Systematik des B.G.B. zweckmäßigerweise verbunden werden, da sie sich in vielen Punkten berühren.

Die Stellung der Vormerkung in der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Daß das Institut der Vormerkung an sich nicht etwas ganz aus der Systematik[23]) des B.G.B. Herausfallendes ist, suchte ich schon oben nachzuweisen, als ich ausführte, die Vormerkung sei vom Standpunkt des B.G.B. aus konsequent in das Gesetzbuch hineingebracht worden als Ausgleich für die Schädigungen, die im Gegensatz zum Schuldrecht infolge der andersartigen Konstruktion des Sachenrechts den Erwerber eines Rechtes bedrohen. Ist also das Institut der Vormerkung als solches durchaus kein der Systematik des B.G.B. wesensfremdes Institut, so fragt sich doch, ob auch die Art, wie der Gesetzgeber dieses Institut ausgestaltet hat, in die Systematik des B.G.B. hineinpaßt. Und diese Frage kann jedenfalls nicht ohne weiteres bejaht werden. Viele Schriftsteller verneinen sie sogar gänzlich. Sicher ist, daß die Vormerkung bei der ersten Betrachtung eine äußerst unglückliche Stellung in der Systematik des B.G.B. einnimmt, weil der Gesetzgeber sie teils mit obligatorischen, teils mit dinglichen Wirkungen ausgestaltet hat, wie weiter unten näher zu zeigen sein wird. Die Ausgestaltung der Vormerkung tritt also in Widerspruch zu der reinlichen Scheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, wie sie das B.G.B. im allgemeinen vorgenommen hat. Das ist auch verständlich; denn das B.G.B. beruht in der Hauptsache auf dem Entwurf der ersten Kommission, die das Institut der Vormerkung gerade deshalb nicht in ihren Entwurf aufgenommen hatte, weil es mit dem von der Kommission befolgten Grundsatz, obligatorische Ansprüche nur gegen den Ver-

[23]) Wenn hier stets von der Systematik, nicht von dem System des B.G.B. die Rede ist, so geschieht das mit vollem Bewußtsein aus der Erwägung heraus, daß „System" nur den äußeren Aufbau des B.G.B., gewissermaßen das statische Element bezeichnet, während „Systematik" das Arbeiten dieses Systems, d. h. das System selbst und seine Funktionen oder, anders ausgedrückt, das System nicht seinem äußeren Aufbau nach, sondern in der inneren Gesetzmäßigkeit seines Wirkens, also im Gegensatz zum statischen mehr das dynamische Element bezeichnet.

tragsgegner, dingliche Rechte dagegen stets gegen alle wirken zu lassen, nicht in Einklang zu bringen war. Die zweite Kommission, die die Vormerkung wieder ins Gesetz hineingebracht hat, im übrigen aber die Grundlagen des ganzen Aufbaues der ersten Kommission unverändert hat bestehen lassen, brachte infolgedessen ein Institut ins Gesetz hinein, das sich mit dem Aufbau der einzelnen Teile des Gesetzbuches kaum in Einklang bringen ließ. Das beweist aber noch nicht, daß die Vormerkung nicht dennoch sich sehr gut mit der Systematik des B.G.B., wenn man nicht seine einzelnen Teile, sondern das B.G.B. als Ganzes betrachtet, verträgt. Das Bedenken, daß die Vormerkung die reinliche Scheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht durchbricht, mußte zurücktreten hinter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des ganzen Gesetzbuches, das die Vorteile, die es im Schuldrecht dem Erwerber eines Rechtes gewährte, unmöglich im Sachenrecht zu Gunsten einer starren Konstruktion wieder aufgeben konnte. So sehen wir, daß das Institut der Vormerkung mit der Systematik des B.G.B. durchaus in Einklang steht, wenn es auch in den Aufbau der einzelnen Teile, in das System, nicht hineinpaßt; aber wenn man von der Systematik eines Gesetzbuches spricht, so darf man darunter nicht den Aufbau der einzelnen Teile verstehen, sondern die einheitliche Linie, die sich durch das ganze Gesetz hindurchziehen soll. Und daß zur Wahrung dieser einheitlichen Linie die Vormerkung im B.G.B. notwendig ist und infolgedessen mit der Systematik des Gesetzes im Einklang steht, glaube ich mit diesen Ausführungen dargelegt zu haben.

Zugleich aber geht daraus auch hervor, welche Stellung die Vormerkung in dieser Systematik einnimmt — und das ist ja das, was hier erforscht werden —: sie soll eine Brücke bilden zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, indem sie die zwischen beiden bestehenden Unterschiede möglichst abmildert und so eine einheitliche große Linie schafft, die sich durch alle Teile des Gesetzbuches hindurchzieht. Damit sind wir bereits zu einem weiteren Punkte gekommen, nämlich zu dem Zweck der Vormerkung.

Der Zweck der Vormerkung.

Der Zweck der Vormerkung ist mit ihrer Stellung in der Systematik des B.G.B. eng verbunden. Er muß zeigen, wie das, was in dem vorigen Kapitel dargelegt ist, praktisch auszuführen und zu verwirklichen ist. Die oben gewonnene theoretische Erkenntnis muß jetzt praktisch umgewertet werden, die Frage nach dem Zweck der Vormerkung muß also lauten: Was ist nötig, um diese Brücke zwischen Schuldrecht und Sachenrecht zu bilden, und wie muß sie gebildet und ausgestaltet werden? Um dies zu klären, wird zunächst eine Untersuchung notwendig sein, worin sich der Unterschied zwischen Schuldrecht und Sachenrecht am fühlbarsten praktisch äußert.

Ich stellte oben fest, daß die Vormerkung in das B.G.B. aufgenommen ist, um die ungleiche Behandlung, die dem Erwerb und der Ausgestaltung eines Rechtes im Schuldrecht und im Sachenrecht zuteil wird, möglichst abzumildern. Die Unterschiede bestehen, wie ich in der Einleitung gezeigt habe, darin, daß auf dem Gebiete des Schuldrechts Verträge aller Art abgeschlossen werden können, auf dem Gebiete des Sachenrechts nicht Das wäre an sich noch kein Nachteil, denn mit den Rechten, die das Sachenrecht regelt, ist den Verkehrsbedürfnissen vollauf gedient, andere Rechte sind nicht notwendig. Aber auch bei manchen dinglichen Rechten macht das B.G.B. wieder Einschränkungen. So erlaubt es zwar die Eigentumsübertragung, aber es erlaubt nicht die bedingte oder befristete Eigentumsübertragung (§ 925). Dies Verbot ist sehr wohl begründet; denn es will vermeiden, daß aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, wer der Eigentümer ist, weil aus dem Grundbuch nicht zu ersehen wäre, ob die Bedingung, die den Eigentumsübergang stattfinden läßt, bereits eingetreten ist oder nicht. Dennoch besteht ein Bedürfnis, bedingt oder befristet Eigentum übertragen zu können. Deshalb ist als Gegenmittel gegen dies Verbot der befristeten oder bedingten direkten Eigentumsübertragung die Vormerkung geschaffen, die wenigstens indirekt denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen vermag, wie er bei einer bedingten oder befristeten Eigentumsübertragung eintreten

würde, ohne daß dadurch das Verbot des § 925 etwa umgangen würde; denn das Eigentum selbst wird durch die Vormerkung noch nicht übertragen, es wird aber der Anspruch auf eine solche Uebertragung gesichert [24]).

Der zweite hier interessierende Unterschied zwischen Schuldrecht und Sachenrecht besteht, wie ebenfalls bereits in der Einleitung gezeigt, in der Erschwerung des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes und der damit verbundenen Erschwerung des Erwerbs, der Aenderung und der Aufhebung eines dinglichen Rechtes. Diese Erschwerung tritt dadurch ein, daß im Sachenrecht nicht der formlose Vertrag zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes genügt, sondern daß eine Einigung, die auch nicht immer durch einfachen Vertrag, sondern oft nur unter Erschwerungen, z. B. Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamt oder Hinzukommen einer Eintragungsbewilligung, möglich ist, und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist. Dadurch erwächst dem Berechtigten der Nachteil, daß der Verpflichtete in der Zeit zwischen dem Abschluß des obligatorischen, auf die dingliche Rechtsänderung hinzielenden Vertrages und der Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch das Grundstück oder Recht anderweitig veräußern oder belasten kann, ohne daß der Berechtigte dies verhindern kann. Im Schuldrecht tritt die Aenderung des bisherigen Rechtszustandes unmittelbar mit dem Vertragsabschluß ein, im Sachenrecht sind zu einer solchen Aenderung ein dinglicher Vertrag und die Eintragung erforderlich. Um auch hier dem Erwerber eines Rechts die Möglichkeit zu geben, den Eintritt der Rechtsänderung ebenso leicht wie im Schuldrecht sich zu sichern, ist wieder die Vormerkung gegeben. Sie soll ihm die Schwierigkeiten des Erwerbs, der Aenderung oder der Aufhebung eines dinglichen Rechtes erleichtern, indem sie ihm zwar nicht das

---

[24]) Solche Fälle finden sich überaus häufig. Beispiel: Wiederkauf. Statt der bedingten Rückauflassung, die das Gesetz verbietet, ist hier die Vormerkung auf Rückübertragung des Eigentums gegeben, die wirtschaftlich denselben Erfolg erreicht und dadurch die Nachteile, die aus der geringeren Gestaltungsmöglichkeit eines Rechtsverhältnisses im Sachenrecht gegenüber dem Schuldrecht entspringen, wieder ausgleicht.

eingetragene Recht selbst bereits verschafft bzw. erlöschen läßt — denn das würde eine Umgehung der Sachenrechtsvorschriften bedeuten —, ihm aber den Erwerb, die Aenderung oder die Aufhebung des angestrebten Rechtes so sichert, daß er diese Erwerbsmöglichkeit durch fremde Handlungen nicht mehr verlieren kann, ihm also indirekt denselben wirtschaftlichen Erfolg gewährt, wie er ihn erstrebt.

In diesen beiden Richtungen — Erleichterung der Gestaltungsmöglichkeit eines das Sachenrecht berührenden Rechtsgeschäftes und Erleichterung der Aenderungsmöglichkeit des herrschenden Rechtszustandes — ist also der Zweck der Vormerkung zu suchen; denn in diesen beiden Gesichtspunkten weicht das Sachenrecht hauptsächlich vom Schuldrecht ab, ohne daß hier ein anderes Sicherungsmittel, wie etwa der Widerspruch gegen den leichteren Verlust eines dinglichen Rechtes, gegeben ist.

Aber dies genügt noch nicht, um den Zweck der Vormerkung festzustellen. Wir wissen jetzt, in welchen Richtungen sich dieser Zweck bewegt, aber wir wissen noch nicht, wie weit er geht. Auch dies muß aber aus der Stellung der Vormerkung in der Systematik des B.G.B. festgestellt werden. Da die Vormerkung eine Brücke bilden soll zwischen Schuldrecht und Sachenrecht und dem aus einem auf eine dingliche Rechtsänderung abzielenden Rechtsgeschäfte Berechtigten dieselben Vorteile sichern soll wie dem aus einem nur eine schuldrechtliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäft Berechtigten — soweit dies möglich ist, ohne mit den Normen des Sachenrechts in Konflikt zu kommen —, so darf der Zweck der Vormerkung über die Erreichung einer solchen Gleichstellung nicht hinausgehen, muß aber andererseits auch bis zur Erreichung dieser Gleichstellung gehen, soweit dies ohne Konflikt mit den Normen des Sachenrechts möglich ist.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen über den Zweck der Vormerkung ist demnach das folgende: *Die Vormerkung hat den Zweck, dem Erwerber eines dinglichen Rechtes bzw. dem aus einem eine dingliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäfte Berechtigten möglichst dieselbe wirtschaftliche Stellung einzuräumen, wie sie das Schuldrecht*

dem Erwerber einer Forderung bzw. dem aus einem nur eine schuldrechtliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäft Berechtigten gewährt, soweit dies mit den besonderen, von den Normen des Schuldrechts abweichenden Normen des Sachenrechts vereinbar ist.

Nicht kann etwa die Vormerkung dieselbe rechtliche Stellung einräumen, denn das verbieten die besonderen positiven Bestimmungen des Sachrenrechts über den Erwerb und die Ausgestaltung von dinglichen Rechten; wohl aber kann sie unter Umständen dieselbe wirtschaftliche Stellung einräumen, ohne dabei den Aufbau des dritten Buches des B.G.B. zu durchbrechen.

Auch das B.G.B. gibt eine Zweckbestimmung der Vormerkung. Es sagt im § 883, daß die Vormerkung dienen solle zur „Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes". Es scheint also, daß unsere Untersuchung über den Zweck der Vormerkung zum mindesten überflüssig ist. Aber das ist nicht der Fall, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

Während mit einem obligatorischen Vertrag die Forderung unmittelbar erworben wird, genügt zum Erwerb eines dinglichen Rechtes nicht der auf seine Verschaffung gerichtete obligatorische Vertrag — der, wie zur Vermeidung von Mißverständnissen gesagt werden soll, allerdings nicht begriffswesentlich ist, aber doch die Grundlagen zum Erwerb eines dinglichen Rechtes zu bilden pflegt — es muß ein weiterer (dinglicher) Vertrag, die Einigung, und die Eintragung hinzukommen [25]). Ein Beispiel

---

[25]) Wenn in diesem Zusammenhang von „obligatorischem Vertrag" die Rede ist, so ist damit natürlich nur ein auf Erwerb einer Forderung gerichteter obligatorischer Vertrag gemeint, nicht dagegen ein auf eine dingliche Rechtsänderung gerichteter obligatorischer Vertrag, wie z. B. der Kaufvertrag, der nicht auf Verschaffung eines obligatorischen Anspruchs auf Eigentumsübertragung gerichtet ist, sondern auf die Eigentumsübertragung selbst (§ 433). Derartige, nur

möge dies klar machen. Die Forderung aus einem Schuldscheine wird bereits mit dem auf ihren Erwerb gerichteten Vertrage erworben, das Eigentum an dem gekauften Grundstücke dagegen nicht bereits mit dem auf den Eigentumserwerb gerichteten Vertrag (z. B. Kaufvertrag), sondern erst, wenn Einigung (Auflassung) und Eintragung erfolgt sind. Eine rechtliche Gleichstellung des dinglich Berechtigten (z. B. des Käufers) [26]) mit dem obligatorisch Berechtigten (z. B. dem Schuldscheininhaber) ist also infolge der andersartigen Normen des Sachenrechts nicht möglich. Ist aber eine wirtschaftliche Gleichstellung nicht möglich dadurch, daß man beiden die gleiche rechtliche Stellung einräumt, so ist sie nur dadurch zu erreichen, daß man den Anspruch des dinglich Berechtigten [26]) so sichert, daß er nach Eintragung der Vormerkung nicht mehr verschlechtert werden kann. Der Anspruch eines dinglich Berechtigten kann aber nur sein ein solcher auf Einräumung oder Aufhebung oder Inhalts- oder Rangänderung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte. Andere Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen sind nicht denkbar. Insofern deckt sich also unsere Definition des Zweckes der Vormerkung vollkommen mit der im § 883 B.G.B. gegebenen Definition.

Aber unsere Defination sagt mehr. Sie sagt nicht nur, daß der Anspruch gesichert werden muß, sie sagt auch, wie weit diese Sicherung gehen muß. Sie muß soweit gehen (nach unserer Definition), wie es die wirtschaftliche Gleichstellung des aus

---

die Vorstufe zu dinglichen Rechtsänderungen bildende Verträge scheiden naturgemäß hier aus, sie gehören vielmehr zu den von mir als „eine dingliche Rechtsänderung erstrebende Rechtsgeschäfte" bezeichneten Verträgen. Der Ausdruck „obligatorischer Vertrag" ist also ungenau, jedoch infolge des die Satzübersicht verwirrenden langen Ausdruckes „der nur auf eine schuldrechtliche Aenderung gerichtete obligatorische Vertrag" nicht zu vermeiden.

[26]) Auch dieser Ausdruck ist ungenau, aber ebenfalls wegen seiner Kürze nicht zu vermeiden. Richtiger wäre „des aus einem auf eine dingliche Rechtsänderung gerichteten obligatorischen Vertrage Berechtigten".

einem obligatorischen und des aus einem eine dingliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäft Berechtigten erfordert und wie dem nicht positive Vorschriften des Sachenrechts entgegenstehen. Das ist der Vorteil unserer Definition, daß sie auch eine Abgrenzung des Zweckes der Vormerkung gibt. Das tut die Definition des B.G.B. nicht. Eine Abgrenzung allein durch das Wort „Sicherung" (B.G.B. § 883) läßt sich nicht geben. Denn gesichert werden kann ein Anspruch auf die verschiedenste Weise. Man kann ihn dadurch sichern, daß man ihn zum dinglichen Recht macht, dadurch, daß man ihn zum ius ad rem macht, dadurch, daß man ihn mit einer Verfügungsbeschränkung versieht usw. Versucht man also eine Abgrenzung nur aus dem Worte „Sicherung" des § 883 herbeizuführen, so kann man daraus jede rechtliche Natur der Vormerkung rechtfertigen. Deshalb gehen die meisten Schriftsteller auch weiter. Aber sie alle suchen den Zweck der Vormerkung dann dadurch abzugrenzen, daß sie die einzelnen Wirkungen, die das Gesetz der Vormerkung beilegt, zusammenstellen und dadurch auf den Zweck und das Wesen der Vormerkung schließen. Da aber, wie später gezeigt werden soll, die Vormerkung sowohl dingliche wie obligatorische Wirkungen hat, so kommen die verschiedenen Schriftsteller zu ganz verschiedenen Resultaten, indem sie nach ihrem persönlichen Geschmack entweder die dinglichen Wirkungen als die Regel und die obligatorischen als Ausnahmen hinstellen und aus der Vormerkung oder dem Anspruch ein dingliches Recht machen, oder indem sie die obligatorischen Wirkungen als die Regel hinstellen und die dinglichen als die Ausnahme und dadurch zu dem Schluß gelangen, die Vormerkung habe nur obligatorische Wirkungen, oder indem sie endlich beide als verschiedene Regelerscheinungen hinnehmen und aus der Vormerkung ein Mittelding zwischen dinglichem und obligatorischem Recht machen, ein ius ad rem, eine Erwerbsberechtigung oder eine Verfügungsbeschränkung, oder indem sie zu überhaupt keinem Resultat kommen, da sie für die verschiedenen Wirkungen keine passende Erklärung finden, wie z. B. Biermann und Heck. Ein solches induktives Vorgehen läßt sonach dem freien Belieben der Schriftsteller weitesten Spielraum und gestattet ihnen, die Vormerkung so zu konstruieren, wie sie ihrem subjektiven Wunsch

am meisten entspricht. Zugleich bietet dieses Vorgehen einen weiteren sehr großen Nachteil. Da nämlich das B.G.B. die Wirkungen der Vormerkung nicht erschöpfend regelt, sondern nur einzelne, wenn auch die wichtigsten herausgreift, so schließen diese Schriftsteller zunächst aus den Wirkungen auf den Zweck und das rechtliche Wesen der Vormerkung und von diesem Konglomerat von Wirkungen, das sie Zweck nennen, schließen sie dann wieder auf die anderen, im B.G.B. nicht geregelten Wirkungen, so daß sie letzten Endes nur von Wirkungen auf Wirkungen schließen und so zu höchst anfechtbaren, subjektiv gefärbten Resultaten gelangen, indem sie sich in einem verhängnisvollen circulus vitiosus herumbewegen. Dies erkennen auch einige Schriftsteller klar und bringen es auch bedauernd zum Ausdruck, erklären aber, dies sei nun einmal nicht zu ändern. Durch die hier aufgestellte Methode wird diese Gefahr, aus Wirkungen wieder Wirkungen zu erklären und sich in einem circulus vitiosus zu bewegen, vermieden. Zugleich wird es hierdurch nicht mehr dem Belieben des Verfassers anheimgestellt, welche Wirkungen der Vormerkung er als Regel und welche er als Ausnahme hinstellen will, sondern ihm wird ein objektiver Maßstab an die Hand gegeben, an Hand dessen er seine Entscheidung hierüber treffen kann. Auch scheint es der wissenschaftlichen Systematik mehr zu entsprechen, wenn man nicht erst induktiv von Wirkungen auf den Zweck schließt und dann von dem so gefundenen Zweck wieder deduktiv auf Wirkungen schließt, sondern wenn man einheitlich vorgeht und von der Systematik des B.G.B. und der Stellung der Vormerkung in ihr auf den Zweck und von beiden zusammen, nötigenfalls unter Zuhilfenahme der geschichtlichen Entwicklung, soweit dies bei der Verschiedenheit der Vormerkung im früheren und heutigen Recht zulässig ist, dann weiter ihre Wirkungen zu entwickeln sucht, indem man dann gleichzeitig stets die vom B.G.B. bereits aufgestellten Wirkungen als Prüfstein dafür hat, ob man sich noch auf dem richtigen Wege befindet, ein Prüfstein, der den anderen Methoden auch fehlt, da diese diesen Prüfstein bereits als Grundlage benutzen. So glaubt Verfasser seine Methode nicht nur rechtfertigen zu können, sondern sie zugleich als die einzig mögliche Methode hinstellen zu dürfen, nach der man zu einer objektiven

Wertung der Rechtsnatur der Vormerkung gelangen kann. — Da diese Methode, soweit dem Verfasser bekannt ist, hier zum ersten Mal angewandt wird, so war es notwendig, ihr etwas längere Ausführungen zu widmen, als es sonst vielleicht nötig gewesen wäre.

Die geschichtliche Entwicklung, die Stellung der Vormerkung in der Systematik des B.G.B. und ihr Zweck sind jetzt dargelegt worden. Von diesen Grundlagen aus gilt es nun, die Rechtsnatur der Vormerkung zu erkennen. Dabei wird nach der hier befolgten Methode immer besonders auf den Zweck der Vormerkung zurückgegriffen werden müssen. Am zweckmäßigsten erscheint es, wenn wir uns zunächst mit den vorhandenen Theorien auseinandersetzen und untersuchen, ob nicht eine von ihnen bereits die Rechtsnatur der Vormerkung so darlegt, wie sie nach unseren bisherigen Untersuchungen aussehen muß.

---

2. Abschnitt.

Die Konstruktionen der rechtlichen Natur der Vormerkung.

Ueber wenige Gebiete des bürgerlichen Rechts ist wohl so viel geschrieben worden, wie über die Vormerkung. Besonders in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des B.G.B., also etwa von 1900—1905, hat sich eine sehr große Zahl von Schriftstellern mit der Rechtsnatur der Vormerkung befaßt. Aber nur selten stimmten zwei Schriftsteller in ihrer Meinung über die Rechtsnatur der Vormerkung überein. Es gab nahezu eben so viele Theorien über die Rechtsnatur der Vormerkung wie Schriftsteller. In den späteren Jahren hat diese Hochflut an Literatur über die Rechtsnatur der Vormerkung ziemlich nachgelassen; auch begnügten sich die meisten Schriftsteller damit, eine der bereits vorhandenen Theorien über die Rechtsnatur der Vormerkung sich zu eigen zu machen. Neue Theorien waren wohl auch beim besten Willen nicht mehr zu finden.

Es wird nun zweckmäßig sein, die verschiedenen Theorien möglichst in Gruppen zu bringen, um so eine systematische Uebersicht über die vorhandene Literatur zu gewinnen. Man kann eine solche Gruppenbildung auf zweierlei Weise vornehmen. Die eine Möglichkeit ist die, daß man eine Scheidung vornimmt, je nachdem die Schriftsteller die Vormerkung selbst für ein dingliches Recht oder für eine Verfügungsbeschränkung oder nur für einen Grundbuchvermerk halten, der den Anspruch verändert oder nicht verändert. Aber eine solche Scheidung erscheint unzweckmäßig; denn eine Theorie, die die Vormerkung selbst nicht für ein dingliches Recht, sondern nur für einen Grundbuchvermerk hält, aber den Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert wird, zu einem dinglichen Recht werden läßt, legt der Vormerkung naturgemäß viel stärkere Wirkungen bei, als eine Theorie, die zwar die Vormerkung selbst zu einem dinglichen Recht stempelt, den Anspruch dagegen unverändert läßt. So ist denn auch dieser Weg bisher nicht eingeschlagen worden, obwohl er auf den ersten Blick der logischste zu sein scheint. Auch darf sich die Untersuchung über die Rechtsnatur der Vormerkung nicht auf die Vormerkung selbst beschränken, sondern muß sich auch auf den durch sie gesicherten Anspruch erstrecken; denn mit Recht weisen verschiedene Schriftsteller darauf hin, daß unter Vormerkung im landläufigen Sinne zweierlei zu verstehen sei, nämlich einmal der Grundbuchvermerk, den das Gesetz als „Vormerkung" bezeichnet, und dann der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch[27]). Beides muß also berücksichtigt werden, wenn man die Rechtsnatur der Vormerkung untersucht. Deshalb erscheint zweckmäßiger als der Weg, die Scheidung danach vorzunehmen, ob die Vormerkung selbst ein dingliches Recht sei oder nur ein Grundbuchvermerk, der zweite Weg, die verschiedenen Gruppen danach abzugrenzen, welche Wirkungen die verschiedenen Schriftsteller der Vormerkung beilegen, d. h. wie sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch behandeln. In dem oben angedeuteten Doppelsinne fasse auch ich das Wort Vormerkung auf. Dann aber ist es logisch am richtigsten, wenn man die Gruppen der Schriftsteller nach dem Grad der

[27]) so insbesondere Fuchs, Grundbegriffe S. 71.

Wirkungen, die sie der Vormerkung beilegen, zusammenfaßt. Zum besseren Verständnis bezeichne ich die Konstruktionen, die sich mit Vormerkung und Anspruch befassen und den Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung sich in ein anderes rechtliches Wesen verwandeln lassen, als Theorien über „die Vormerkung im weiteren Sinne", dagegen diejenigen Theorien, die den Anspruch seiner rechtlichen Natur nach unverändert lassen, indessen die Vormerkung selbst als ein besonderes Rechtsinstitut auffassen, als Theorien über „die Vormerkung im eigentlichen Sinne". Da die erste Gruppe der Schriftsteller der Vormerkung weitergehende Wirkungen beilegt als die letztere, sei sie hier zuerst behandelt.

Die Vormerkung im weiteren Sinne.

(Vormerkung und Anspruch.)

I. Der Anspruch wird zum dinglichen Recht.

Die stärkste Wirkung, die man der Vormerkung beilegen kann, ist sicher die, daß man der Vormerkung die Kraft gibt, aus dem obligatorischen Anspruch kraft der ihr vom Gesetze beigelegten sichernden Eigenschaft bereits ein dingliches Recht zu machen und zwar dasjenige dingliche Recht, auf dessen Erwerb der Anspruch gerichtet war, oder, wenn der Anspruch auf Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung geht, diese Aenderung bzw. das Erlöschen des Rechts ebenso wie im ersten Falle den Erwerb des Rechts bereits im Augenblick der Eintragung der Vormerkung eintreten zu lassen. In der Tat wird diese Auffassung auch von einigen Schriftstellern vertreten. Die hervorragendsten Vertreter dieser Auffassung sind Othmer, Fuchs und früher auch Jaeger. Auch sie stimmen in ihren Auffassungen nicht gänzlich überein, sondern lassen diese dingliche Wirkung teils in schärferer, teils in milderer Form eintreten. Dies ist möglich je nachdem, ob man die Rechtsänderung unmittelbar mit der Eintragung der Vormerkung eintreten läßt ohne irgendwelche weiteren Erfordernisse, oder ob man den endgiltigen Eintritt des Rechtes noch an weitere

Umstände knüpft, d. h. den endgültigen Eintritt des Rechtes von gewissen Bedingungen abhängig macht. Die erste Auffassung, die der Vormerkung die stärkste Wirkung beilegt, die sich wohl überhaupt denken läßt, vertritt Othmer, die zweite, mildere Auffassung wird von Fuchs und wurde von Jaeger vertreten, wobei sich letztere wieder in der Frage, welcher Art die Bedingung ist, von der der endgültige Eintritt des Rechtes abhängt, unterscheiden.

Die weitestgehende Wirkung legt, wie hieraus hervorgeht, Othmer der Vormerkung bei, und seine Auffassung soll deshalb zunächst dargelegt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Nach ihm bewirkt die Vormerkung eine Transformation des Anspruches in der Weise, daß aus dem Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung bereits das dingliche Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, unmittelbar und ohne jede Bedingung entsteht bzw. untergeht. Othmer selbst sagt [28]): „Die Vormerkung hat, abgesehen von den Vermutungen des § 891 B.G.B., dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung", und an anderer Stelle sagt er [29]): „Durch Eintragung einer Vormerkung werden die den im § 883 Abs. 1 B.G.B. bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Aenderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt". Daraus erhellt, daß Othmer nicht die Vormerkung selbst als dingliches Recht auffaßt, sondern den durch sie gesicherten Anspruch. Othmer verkennt nicht, daß der Gesetzgeber anscheinend die Vormerkung bald mit stärkerer (d. h. dinglicher), bald nur mit schwächerer (d. h. obligatorischer) Wirkung ausgestattet habe [30]), hält es aber logisch nicht für möglich, daß die Vormerkung bald dingliche, bald nur obligatorische Wirkungen äußere, und legt der Vormerkung deshalb stets dingliche Wirkungen bei. Er stützt seine Theorie hauptsächlich auf die §§ 24 K.O., 48 Z.V.G. und 884 B.G.B., die der Vormerkung sämtlich dingliche Wirkung beilegen. Dies könne keine Ausnahme sein; denn da diese Bestim-

[28]) S. 67.
[29]) S. 80.
[30]) S. 61 f.

mungen nur darauf abzielten, dem Zweck eines Rechtsinstituts zu dienen, so könnten sie unmöglich als abnormes, regelwidriges Recht bezeichnet werden. Sie seien daher nur Einzelanwendungen des oben erwähnten höheren Prinzips. Hier gerät Othmer mit der Bestimmung des § 883 Abs. 2 in Konflikt, wonach eine anspruchswidrige Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Wäre Othmers Ansicht richtig, so wäre § 883 Abs. 2 überflüssig; denn eine anspruchswidrige Verfügung wäre bereits unwirksam, da das dingliche Recht absolut wirkt, und § 883 brauchte sie nicht noch besonders für unwirksam zu erklären. Denn da der Berechtigte das angestrebte Recht bereits definitiv erlangt hat, so wäre jede anspruchswidrige Verfügung die Verfügung eines Nichtberechtigten, durch die, da der Erwerb des Rechtes durch die Eintragung der Vormerkung auch offenkundig gemacht ist, selbst gutgläubiger Dritterwerb nicht möglich wäre. Außerdem müßte diese Unwirksamkeit dann von jedem geltend gemacht werden können, wie bei allen andern dinglichen Rechten, während sie nach § 888 nur von dem Berechtigten geltend gemacht werden kann. Ueberhaupt wäre auch § 888 völlig überflüssig; denn da nach Othmer das angestrebte Recht bereits definitiv eingetreten ist, sobald die Vormerkung eingetragen ist, und jede anspruchswidrige Verfügung dies Recht nicht mehr beeinträchtigen könnte, dagegen das Grundbuch unrichtig machen würde, so hätte der Vormerkungsberechtigte einen Zustimmungsanspruch bereits auf Grund des § 894, da sein Recht „durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt" ist. § 888 wäre demnach ebenfalls überflüssig, die Worte „gegenüber demjenigen," zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht" sogar gänzlich unverständlich. In der Tat kommt auch Othmer selbst zu dem Ergebnis, daß § 883 Abs. 2 für die Konstruktionsfrage jegliche Bedeutung verliere [31]). Gegenüber dem § 888 zieht er diese Konsequenz nicht, sondern gibt nur zu, daß die äußere Fassung des § 888 sich gegen ihn ins Feld führen lasse. Aber es spricht doch zweifellos gegen die Richtigkeit von Othmers Theorie, wenn man dazu kommen muß, die

[31]) S. 68.

wichtigsten Bestimmungen, die das B.G.B. über die Wirkung der Vormerkung enthält, bereits als überflüssig zu bezeichnen und teilweise sogar (§ 888) als unverständlich. Ganz falsch ist es aber, wenn Othmer für die Richtigkeit seiner Theorie das Zeugnis der herrschenden Meinung bezüglich der Vormerkung des preußischen Rechts in die Wagschale werfen zu können glaubt[32]). Denn es spricht nicht, wie Othmer annimmt, eine starke Vermutung für die Wesensgleichheit der früheren und der heutigen Vormerkung, sondern im Gegenteil spricht alles dagegen, da, wie oben ausführlich dargelegt ist, die heutige Vormerkung viel engere Funktionen hat als die des preußischen Rechts. Wenn Othmer schließlich erklärt[33]), seine Konstruktion stände mit dem Zweck der Vormerkung weit mehr in Einklang als die Biermanns, so ist dem zu entgegnen, daß der Zweck der Vormerkung, wie er hier logisch aus der Systematik des B.G.B. heraus entwickelt ist, ein ganz anderer ist, als Othmer, der hier der Planck'schen Definition folgt, annimmt. Es rächt sich hier, daß diese Schriftsteller den Zweck der Vormerkung nicht logisch aus der Systematik des B.G.B. folgern, sondern aus den lückenhaften Einzelwirkungen, die das Gesetz der Vormerkung beilegt, und dann zu unrichtigen Ergebnissen kommen.

Hiernach bricht also Othmers eigene Begründung seiner Theorie bereits gänzlich zusammen. Aber es ist auch unschwer, die Unrichtigkeit dieser Theorie noch mit anderen Argumenten nachzuweisen. Dabei haben wir es nicht nötig, zu diesem Nachweis die Terminologie des Gesetzes zu Hilfe zu rufen, wie es die Schriftsteller, die von den Wirkungen der Vormerkung auf ihre Rechtsnatur schließen, nötig haben; uns bleibt stets der höhere Prüfstein. Allerdings ist zuzugeben, daß die Terminologie des Gesetzes bereits ein starkes Indiz für die Unrichtigkeit der Othmer'schen Theorie liefert. Denn selbst in den Bestimmungen, auf die Othmer in erster Linie seine Theorie stützt, findet sich der Ausdruck „Recht" in Verbindung mit der Vormerkung nur ein einziges Mal, nämlich im § 48 Z.V.G., wo es

[32]) S. 68.
[33]) S. 71.

heißt: „Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung gesichert sind". Es erscheint mir sehr zweifelhaft, ob hier der Ausdruck „Rechte" nicht nur deshalb gebraucht ist, weil zunächst vom Widerspruch und dann erst von der Vormerkung die Rede ist und weil dem Gesetzgeber die genauere Bezeichnung: „Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs, und Ansprüche, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert sind," zu lang und zu schwerfällig war. Der § 48 Z.V.G. kann also nicht als Beweis für Othmers Theorie angeführt werden, im übrigen aber redet das B.G.B. ganz konsequent stets von dem „Anspruch", der durch die Vormerkung gesichert wird (§§ 883, 884, 886, 887, 888, 1971 B.G.B., 24 K.O.). Die Terminologie des Gesetzes spricht also gegen Othmers Auffassung.

Aber es sprechen noch viel gewichtigere Gründe gegen Othmers Theorie. Sie stößt den ganzen Aufbau des Sachenrechts um. Denn nach § 873 ist zur Eigentumsübertragung oder Belastung eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung ins Grundbuch erforderlich. Wenn eine Vormerkung eingetragen wird, so liegt in der Einigung über deren Eintragung doch gewiß nicht eine Einigung über den Eintritt der endgültigen Rechtsänderung und in der Eintragung einer Vormerkung nicht die Eintragung der endgültigen Rechtsänderung. Es wäre kein Grund einzusehen, weshalb dann nicht die Einigung und Eintragung des endgültigen Rechts selbst erfolgt. Außerdem ist zur Eintragung einer Vormerkung keine Einigung erforderlich, sondern nach herrschender Meinung[34]) genügt die einseitige Bewilligung des Verpflichteten, ohne daß der Berechtigte davon Kenntnis zu haben braucht (§ 885 B.G.B.). § 873 dagegen erfordert zum Eintritt der Rechtsänderung eine Einigung beider Parteien, läßt also die einseitige Bewilligung nicht genügen. Schließlich ist, wenn man Othmers Theorie folgt, auch nicht einzusehen, weshalb nach Z.V.O. § 895 die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt gilt, wenn der

---

[34]) Staudinger, Planck, R.G.R.Komm., Rosenberg zu § 885.

Schuldner durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, auf Grund deren eine Eintragung ins Grundbuch erfolgen soll. Es ist nicht einzusehen, weshalb, wenn die Vormerkung bereits die dingliche Rechtsänderung unmittelbar herbeiführt, § 895 nicht die Eintragung der Rechtsänderung selbst als bewilligt gelten läßt. Gerade der Umstand, daß das Gesetz im Falle des rechtskräftigen Urteils nach Z.P.O. § 894 die Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung selbst als abgegeben gelten läßt, im Falle des vorläufig vollstreckbaren Urteils dagegen nach § 895 die Eintragungsbewilligung einer Vormerkung, spricht doch dafür, daß durch die Eintragung einer Vormerkung noch nicht das endgültige Recht selbst zur Entstehung gelangt. Offenbar will das Gesetz doch in beiden Fällen verschiedene Wirkungen erzielen, sonst hätte es die beiden Fälle nicht getrennt zu behandeln brauchen. Die Eintragung einer Vormerkung kann infolgedessen nicht dieselbe Wirkung haben, wie die Eintragung der Rechtsänderung selbst.

Ferner ist nach § 883 Abs. 1 Satz 2 die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig. § 925 Abs. 2 verbietet aber eine Auflassung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung. Würde nun aber die Eintragung einer Vormerkung bereits die dingliche Rechtsänderung herbeiführen, so würde, da die Vormerkung auch zur Sicherung bedingter und künftiger Ansprüche zulässig ist, eine Eigentumsübertragung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung auf dem Wege über die Eintragung einer Vormerkung möglich sein. Ferner aber widerspricht es der ganzen Konstruktion unseres Gesetzes, eine Eigentumsübertragung oder die Belastung eines Grundstücks durch eine einstweilige Verfügung zu ermöglichen. Nirgends sieht das Gesetz eine derartige Möglichkeit vor. Durch die einstweilige Verfügung soll niemals eine Rechtsänderung bewirkt werden, sondern die einstweilige Verfügung hat den Zweck, die Verwirklichung eines Rechtes zu sichern. Niemals darf sie bereits eine Entscheidung in der Sache selbst vorwegnehmen. Geradezu widersinnig aber wäre es, eine Aenderung gerade der dinglichen Rechte, die das Gesetz unter besonders

erschwerende Formen gestellt hat, durch eine einstweilige Verfügung zu ermöglichen, während eine Aenderung anderer Rechte durch einstweilige Verfügung unzulässig ist, und gar diese einstweilige Verfügung noch ohne Glaubhaftmachung einer Gefährdung des zu sichernden Anspruchs zuzulassen (§ 885).

Auch § 886 ist nach Othmers Konstruktion sinnwidrig, denn wenn der Anspruch bereits zum endgültigen Recht wird, so kann gegen dieses Recht keine Einrede mehr entstehen. Endlich fragt es sich, was denn eigentlich geschieht, wenn der Berechtigte die Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs unterläßt, wenn er z. B. den Anspruch auf Uebertragung des Eigentums nicht geltend machen will. Nach Othmers Theorie wäre er trotzdem wider seinen eigenen Willen Eigentümer, eine Folgerung, die die Haltlosigkeit der Othmer'schen Konstruktion klar erkennen läßt.

Es lassen sich noch eine Reihe anderer Einwendungen gegen die Othmer'sche Auffassung erheben, die aber mehr nebensächlicher Natur sind. Es können hier jedoch wie auch bei den anderen noch zu besprechenden Theorien der Kürze und der Uebersichtlichkeit halber nur die hauptsächlichsten Gründe, die für und gegen die einzelnen Auffassungen sprechen, angeführt werden, da eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Theorien bis in alle Einzelheiten nicht im Rahmen dieser Aufgabe liegt.

Die Theorie Othmers führt also zu einem Zusammensturz des ganzen Aufbaues unseres Sachenrechtes von Grund auf. Gerade nach der Zweckbestimmung der Vormerkung, die wir logisch aus der Systematik des Gesetzes gefolgert haben, aber soll die Vormerkung nicht den bestehenden Aufbau des Rechtes zerstören, sondern innerhalb dieses verschiedenartigen Aufbaues der einzelnen Teile des B.G.B. die Verbindungsbrücke zwischen diesen einzelnen Teilen bilden und den Anspruch nur soweit sichern, als dies ohne Kollision mit den Normen des Sachenrechts möglich ist.

Der Othmer'schen Konstruktion, daß die Vormerkung den Anspruch mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung bereits unmittelbar ohne jede Einschränkung in das definitive Recht selbst verwandle, kann daher nicht gefolgt werden. Sie ist infolge ihrer unhaltbaren Ergebnisse bisher auch von sämtlichen Schriftstellern

einmütig abgelehnt worden. Othmer steht mit seiner Konstruktion allein auf weiter Flur.

Dasselbe, was gegen Othmers Theorie gesagt ist, ist aber auch durchweg gegen die etwas abgemilderte Konstruktion derjenigen zu sagen, die der Vormerkung die Wirkung beilegen, daß sie den zu sichernden Anspruch in das endgültige Recht zwar nicht unbedingt, wohl aber bedingt verwandle. Diese Theorie wird in der Hauptsache von Fuchs[35]) vertreten, ferner von Vervier[36]) und früher auch von Jaeger. Fuchs hat sich besonders eingehend mit dieser Auffassung beschäftigt und sie zu verschiedensten Malen vertreten, am ausführlichsten in den „Grundbegriffen des Sachenrechts", die auch sein letztes Werk über die Vormerkung darstellen. Auch nach Fuchs[37]) ist die Vormerkung nur ein Grundbuchvermerk, den er als „Modus" bezeichnet. Dieser Modus aber verdinglicht den Anspruch, indem er aus ihm dasjenige dingliche Recht in bedingter Weise macht, das die Vormerkung sichern soll (Fuchs redet konsequent stets von dem „Recht", das die Vormerkung sichern soll, in bewußtem Gegensatz zur Terminologie des B.G.B.). „Macht die endgültige Eintragung Dinglichkeit, so macht die Vormerkung bedingte Dinglichkeit"[38]). Fuchs erkennt an, daß die Terminologie des B.G.B. gegen ihn spricht, hält aber nicht Terminologie und System, sondern den materiellen Inhalt der Rechtsnormen für entscheidend. „Denn der materielle Inhalt der Rechtsnormen ist lebenskräftiger als die dem ersten Entwurf entlehnte Terminologie und Systematik"[39]). Daß die Terminologie nicht entscheidend sein kann, ist auch hier schon betont worden. Die Systematik (des dritten Buches, nicht etwa des ganzen B.G.B.; mit letzterer beschäftigt sich Fuchs überhaupt nicht,) kann aber nicht in der Art, wie Fuchs es tut, über den Haufen geworfen werden. Fuchs baut ein ganz neues System des Sachenrechts auf. Ueber

---

[35]) L.Z. 1914 S. 153, Grundbegriffe S. 83.
[36]) S. 73 ff.
[37]) Grundbegriffe S. 71.
[38]) Grundbegriffe S. 82.
[39]) Grundbegriffe S. 178.

den Begriff der Sachenrechte stellt er den der dinglichen Rechte, die nach ihm in Sachenrechte (Belastungen), d. h. die Rechte, die im B.G.B. als solche bezeichnet werden, und in dingliche Rechte im engeren Sinne, d. h. Rechte, die absolute Herrschaftsrechte an Gegenständen sind, ohne als Sachenrechte im B.G.B. bezeichnet zu sein, zerfallen[40]). Zu letzteren rechnet Fuchs auch die Vormerkung. Wozu allerdings Fuchs diese ganze Konstruktion aufstellt, bleibt unklar; denn daß die Vormerkung selbst ein dingliches Recht sei, meint Fuchs offenbar nicht, da sie ja nach seiner eigenen Auffassung nur ein bloßer Grundbuchvermerk ist. Aber Fuchs redet hier oft in einem Atemzug von Vormerkung im Sinne von Vormerkung selbst und von dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch; derselbe Satz, der 1914 bei ihm lautet[41]): „Ein solches Recht (d. h. ein dingliches Recht im engeren Sinne) ist auch die Vormerkung und zwar ein bedingtes dingliches Recht", heißt 1917 bei ihm[42]): „Ein solches Recht ist auch der durch Vormerkung gesicherte Anspruch und zwar ein bedingtes dingliches Recht". Da nun aber nach Fuchs selbst der Anspruch zu demjenigen dinglichen Recht wird, auf dessen Herbeiführung er gerichtet ist, so wird der Anspruch doch stets zu einem der im B.G.B. bezeichneten Sachenrechte, so daß der Begriff eines neben den Sachenrechten bestehenden dinglichen Rechtes im engeren Sinne eigentlich überhaupt überflüssig ist. Denn zu etwas anderem als zu bedingtem Eigentum oder zu bedingter Belastung kann der Anspruch nicht werden, das behauptet Fuchs selbst auch nicht. Da Fuchs, wie er selbst zugibt[43]), Vormerkung und Anspruch stets mit dem Begriff Vormerkung bezeichnet, ohne irgendeinen Unterschied zwischen beiden zu machen, ist es ihm selbst schließlich nicht mehr möglich, beide auseinander zu halten, und so kommt er letzten Endes zu dieser merkwürdigen Konstruktion des dinglichen Rechts im engeren Sinne, mit dem er selbst offenbar nichts anzufangen weiß, da er den Begriff nicht mehr weiter verwendet.

---

[40]) L.Z. 1914 S. 153.
[41]) L.Z. 1914 S. 153.
[42]) Grundbegriffe S. 83.
[43]) Grundbegriffe S. 71.

Auch Othmer[44]) ist der Ansicht, daß Fuchs sich kaum des Unterschiedes bewußt war und nur den Anspruch zu einem dinglichen Recht werden lassen wollte. Andernfalls wäre auch die Auffassung Fuchs' von der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aenderung des Inhalts oder Ranges eines Rechtes oder auf Aufhebung eines Rechtes als „dinglicher Rechtsänderung" und „dinglicher Rechtsaufhebung" einfach unverständlich. Denn daß diese keine „Rechte am Grundstücke" sind, wie Philipsen[45]) betont, wird Fuchs wohl auch selbst gewußt haben. Diese Ausdrücke sind nur dann verständlich, wenn man der Vormerkung auf Aenderung oder Aufhebung eines Rechts die Wirkung beilegt, daß die Rechtsänderung oder das Erlöschen des Rechts bereits in bedingter Weise eintritt. Nur dies kann der Gedankengang Fuchs' sein, den Philipsen und die meisten anderen Schriftsteller absolut mißverstanden haben, woran allerdings Fuchs mit seiner maßlosen Vernachlässigung des Unterschiedes von Vormerkung und Anspruch selbst die Schuld trägt.

Es kann demnach als Ansicht Fuchs' festgestellt werden, daß nicht die Vormerkung selbst ein dingliches Recht ist, sondern daß der Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung zum dinglichen Recht wird und zwar zum bedingten dinglichen Recht.

Fuchs selbst sieht, daß er bei der Durchführung seiner Theorie mit dem Gesetz häufig in Konflikt kommt, daß z. B. die Umwandlung der Vormerkung (d. h. des vorgemerkten Anspruchs) in das endgültige Recht auf andere Weise erfolgt als diejenige des bedingten Rechts in das unbedingte, und daß es neben den vorgemerkten Belastungen auch bedingte Belastungen gibt[46]), daß die vorgemerkten Ansprüche anders als die bedingten verjähren, daß die vorgemerkten Hypotheken nicht wie die bedingten dem Eigentümer anheimfallen (falls nämlich die Bedingung nicht eintritt), daß es noch verschiedene andere Ausnahmen zwischen Vormerkung (lies: vorgemerktem Anspruch) und bedingtem Recht

---

[44]) S. 16, 81.
[45]) S. 41.
[46]) Grundbegriffe S. 80.

gibt, aber darüber setzt er sich einfach hinweg mit den Worten: „Das ist gleichgültig“ [47]), „gewiß ist es inkonsequent, aber dafür ist das Gesetz verantwortlich“ [48]), „daß es Ausnahmen gibt, ist irrelevant“ [49]), „alle diese Erwägungen sind nicht stichhaltig“ [50]). Jede nähere Begründung, weshalb das denn alles irrelevant sei, läßt Fuchs vermissen. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies alles gleichgültig sein soll. Daß alle diese Unterschiede zwischen vorgemerktem Anspruch und bedingtem Recht bestehen, zeigt doch, daß beide eben nicht dasselbe sind.

Daß Fuchs selbst Bedenken hatte, seine Theorie konsequent durchzuführen, zeigte seine Behandlung der Auflassungsvormerkung. Nach seiner früheren Auffassung, wie sie in den „Problemen des Sachenrechts“ zum Ausdruck kommt, sollte diese nämlich nicht bedingtes Eigentum erzeugen, sondern nur eine bedingte Belastung. Wie sich Fuchs die Entstehung von Eigentum aus einer bedingten Belastung gedacht hat, bleibt schleierhaft; denn mit Recht weist Philipsen darauf hin [51]), daß aus einer bedingten Belastung mit Eintritt der Bedingung höchstens eine unbedingte Belastung, nicht dagegen unbedingtes Eigentum entstehen kann. Aus diesen Erwägungen hat Fuchs seine Meinung bald aufgegeben und später auch die Auflassungsvormerkung als bedingtes Eigentum angesehen [52]). Dem steht aber wieder das in § 925 B.G.B. ausgesprochene Verbot der bedingten Eigentumsübertragung entgegen, auf das bereits oben verwiesen worden ist. Auch diese Konstruktion steht also mit dem Gesetz in Widerspruch.

Aber selbst wenn man Fuchs bis hierher folgt, so kann man ihm nicht mehr folgen bei seiner Auffassung von der Umwandlung des bedingten in das unbedingte Recht. Nach Fuchs besteht die Bedingung, von der der Eintritt der definitiven Rechtsänderung abhängig ist, in der Liquidestellung des An-

---

[47]) Grundbegriffe S. 80.
[48]) Grundbegriffe S. 80.
[49]) Grundbegriffe S. 81.
[50]) Grundbegriffe S. 83.
[51]) S. 40.
[52]) L.Z. 1914 S. 151; Grundbegriffe S. 82 ff.

spruchs, die entweder durch Anerkenntnis oder durch gerichtliches Urteil erfolgen kann. Mit ihrem Eintritt müßte demnach nach § 158 B.G.B. das bedingte Recht zum unbedingten werden, also die erstrebte Rechtsänderung selbst eintreten. Dem stehen zwei Bedenken entgegen, zunächst einmal, daß ja noch garnicht feststeht, ob der Vormerkungsberechtigte die Vormerkung überhaupt geltend machen wird, er nach der Fuchs'schen Theorie dagegen Inhaber des Rechtes mit der Liquidestellung des Anspruchs werden würde, ohne Rücksicht darauf, ob er das Recht überhaupt erwerben will oder nicht. Ferner aber spricht dagegen das im § 873 ausgesprochene Erfordernis der Eintragung. Fuchs will nicht wie Othmer die Vorschriften der §§ 873 ff. durch die Eintragung der Vormerkung überhaupt ausschalten, sondern er ist sich dessen sehr wohl bewußt, daß zum endgültigen Erwerb eigentlich auch noch die Einigung und die Eintragung gehören [53]). Aber hier setzt er sich wieder einfach über das Gesetz hinweg, indem er behauptet, der Gesetzgeber habe eben nirgends die vollen Konsequenzen seiner Auffassung gezogen, er sei infolgedessen für alle Inkonsequenzen verantwortlich. Daß eine solche Begründung nicht stichhaltig ist, braucht wohl nicht mehr erwähnt zu werden. Dadurch, daß man dem Gesetzgeber die Schuld zuschiebt, verschafft man dem Berechtigten noch nicht das Recht. Die Fuchs'sche Konstruktion richtet sich an ihrer eigenen unzulänglichen Begründung.

Wesentlich besser begründete Jaeger die Auffassung von der Natur der Vormerkung als eines Grundbuchvermerks, der den Anspruch in das bedingte Recht selbst verwandelt. Nach Jaeger [54]) sollte die Bedingung, von der der Eintritt der definitiven Rechtsänderung abhängig ist, in der Eintragung dieser Rechtsänderung bestehen; aber auch diese Auffassung ist nicht haltbar. Denn die Eintragung der Rechtsänderung ist nicht Bedingung in dem vom B.G.B. gebrauchten Sinne, d. h. ein von den Parteien vereinbarter Teil des Tatbestandes des auf die

---

[53]) Grundbegriffe S. 80.

[54]) Konkursordnung 1902, zu § 14.

dingliche Rechtsänderung abzielenden Rechtsgeschäftes [55]), sondern sie ist eine Voraussetzung der Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäftes, also eine sogenannte Rechtsbedingung. Jaeger hat auch in der 5. Auflage seine Auffassung aufgegeben und legt zwar noch der Vormerkung eine dingliche Rechtswirkung bei, die im wesentlichen dem Erfolg einer aufschiebend bedingten Verfügung entspricht, die aber selbst noch nicht die Rechtsänderung, auf die der gesicherte Anspruch abzielt, zustande bringt, sondern erst eine Vorstufe dieser Rechtsänderung darstellt [56]). Dieselbe Auffassung wie früher Jaeger vertritt auch Vervier [57]).

Gegen diese Konstruktionen bestehen also auch die schwersten Bedenken. Sie sind, wie gezeigt, sehr oft mit den positiven Gesetzesbestimmungen nicht vereinbar. Wenn diese Konstruktionen auch die schweren Nachteile der Othmer'schen Konstruktion vermeiden und nicht durch die Gleichstellung von vorgemerktem Anspruch und definitivem Recht den ganzen Aufbau des Sachenrechts ins Wanken bringen, so bestehen doch auch gegen sie so schwerwiegende Bedenken, daß man sie nicht als richtig bezeichnen kann. Sie verkennen sämtlich, daß die Wirkungen von vorgemerkten Ansprüchen und bedingten dinglichen Rechten ganz verschiedene sind, daß erstere im Gegensatz zu den letzteren verjähren, daß ein vorgemerkter Anspruch auf Bestellung einer Hypothek sich nicht wie eine bedingte Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandeln kann, daß das Gesetz eine bedingte Eigentumsübertragung nicht zuläßt, während Vormerkungen zur Sicherung von bedingten und künftigen Ansprüchen auf Eigentumsübertragung zulässig sind, daß weiter zum Eintritt der definitiven Rechtsänderung Einigung und Eintragung erforderlich sind, die, weil nicht von den Parteien vereinbart, sondern vom Gesetz als notwendig vorgeschrieben, keine Bedingungen sind, daß endlich auch diese Theorie dem hier aufgestellten Zweckbegriff

---

[55]) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 1929, Bd. 1, § 181, 2 a.

[56]) Jaeger, 5. Aufl. 1916, zu § 24 K.O.

[57]) S. 73 ff.

der Vormerkung nicht entspricht, da sie sich über positive Normen des Sachenrechts hinwegzusetzen versucht.

Auch diese Konstruktion ist infolgedessen abzulehnen.

II. Die Vormerkung macht den Anspruch zu einem Mittelding zwischen dinglichem Recht und obligatorischem Anspruch.

Während die bisher besprochenen Schriftsteller den Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung bereits zu einem dinglichen Recht werden lassen, geht eine andere Gruppe von Schriftstellern nicht so weit, da sie die irrigen Folgen einer solchen Konstruktion erkennen. Aber auch diese Gruppe legt der Vormerkung die Wirkung bei, daß sie den Anspruch verändert und zwar in der Weise, daß sie ihn zu einem Mittelding zwischen dinglichem Recht und obligatorischem Anspruch macht, nämlich zu einem ius ad rem oder einer obligatio in rem scripta. Den ersteren Standpunkt, daß die Vormerkung dem Anspruch den Charakter eines ius ad rem verleihe, vertritt insbesondere Gierke[58]), ferner Prieste[59]) und in neuerer Zeit auch Hedemann[60]). Auch Dernburg ist wohl hierher zu rechnen, wenn er auch den Ausdruck „ius ad rem" nicht gebraucht. Aber aus seinen Worten: „Der Anspruch bleibt ein persönlicher gegen den ursprünglich Verpflichteten. Aber er belastet infolge der Vormerkung zugleich das Grundstück dinglich"[61]), geht wohl doch hervor, daß er an ein ius ad rem denkt. Zu Unrecht dürfte dagegen Endemann dieser Ansicht verdächtigt werden, wie es von Sekler[62]) und einigen anderen Schriftstellern geschieht. Endemann steht, wie später gezeigt

---

[58]) Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 21, Note 50; Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 138.

[59]) Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 22, S. 172.

[60]) S. 286.

[61]) S. 152.

[62]) S. 118.

werden soll, auf einem ganz anderen Standpunkt, wenn er auch an einer Stelle behauptet, daß das Forderungsrecht dem ius ad rem ziemlich angenähert werde[62]). Den Standpunkt, daß die Vormerkung ein ius ad rem erzeuge, vertrat früher auch Biermann[63]), er hat ihn jedoch in seiner Monographie endgültig aufgegeben[64]).

Der Begriff des ius ad rem war dem römischen Recht unbekannt. Erst das preußische Landrecht führte ihn ein. Das ius ad rem verleiht einem Anspruch, der auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet ist, den Charakter einer rechtlichen Beziehung zu der Sache selbst. Dennoch wird er nicht etwa zum dinglichen Recht, sondern bleibt ein persönlicher Anspruch, der sich stets gegen den Schuldner richtet. Aber auch jeder dritte Erwerber der Sache, auf die der Anspruch gerichtet ist, muß den Anspruch gegen sich gelten lassen, falls er ihn beim Erwerbe der Sache kannte. Der Gedanke, die Vormerkung erzeuge ein ius ad rem, hat bei der ersten Betrachtung viel für sich. Denn er macht aus dem persönlichen Anspruch keinen dinglichen, legt ihm aber doch ähnliche Wirkungen bei. Aber es bestehen doch schwerwiegende Unterschiede zwischen Vormerkung und ius ad rem. Das ius ad rem wirkt nur gegen gutgläubige Dritte, die Vormerkung gegen jeden Dritten; dann man kann nicht annehmen, daß die Vormerkung den guten Glauben zerstört, da nur die Kenntnis von dem Bestehen eines fremden dinglichen Rechtes an einer Sache nach B.G.B. § 932 den guten Glauben zerstört, nicht dagegen die Kenntnis von dem Bestehen eines fremden obligatorischen Anspruches, sei dieser selbst ein ius ad rem. Die Vormerkung wirkt also im Gegensatz zum ius ad rem auch gegen gutgläubige Dritte.

Auch sonst sind die Wirkungen beider Institute verschieden. Das ius ad rem stellt den Gläubiger im Konkurs nicht anders als jeden Gläubiger einer gewöhnlichen Forderung, während die Vormerkung ihm im Konkurs eine Vorzugsstellung vor diesem gewährt (K.O. § 24). Ebenso schützt das ius ad rem den

---

[63]) Bd. 2, S. 250.
[64]) Sachrenrecht, Bem. 2 zu § 883.
[65]) Widerspruch und Vormerkung, S. 177.

Gläubiger gegenüber dem Erben nicht vor der Einrede der beschränkten Haftung, während bei der Vormerkung das Gegenteil der Fall ist (B.G.B. § 884). Auch die Wirkung der Vormerkung im Zwangsvergleich (K.O. § 193) und in der Zwangsversteigerung (Z.V.G. § 48) tritt zu der Wirkung des ius ad rem in den entsprechenden Fällen in Widerspruch. Ebenso läßt die in § 883 Abs. 3 ausgesprochene Rangwirkung der Vormerkung sich durch die Annahme eines ius ad rem nicht erklären.

Während in den bisher besprochenen Fällen die Wirkung der Vormerkung weitergeht als die des ius ad rem, ist sie in anderen Fällen wieder beschränkter. So muß beim ius ad rem der Dritterwerber den Anspruch gegen sich gelten lassen. Der Anspruch, der gegen den Schuldner geltend gemacht werden kann, kann also auch gegen den Dritten geltend gemacht werden. Dies ist bei der Vormerkung nicht der Fall. Hier kann nicht der Anspruch, der gegen den Schuldner gerichtet ist, d. h. der Anspruch auf die Vornahme der dinglichen Rechtsänderung selbst, gegen den Dritterwerber geltend gemacht werden, sondern nur der Anspruch auf Zustimmung zu der Herbeiführung der Rechtsänderung durch den Schuldner. Der Anspruch gegen den Dritten auf Zustimmung nach § 888 ist ein anderer als der Anspruch gegen den Schuldner.

Endlich kommt hinzu, daß der Gesetzgeber selbst die Einführung des ius ad rem in das B.G.B. auf das schärfste abgelehnt hat, da er die reinliche Scheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht nicht wieder durch die Einführung des ius ad rem verwischen wollte. Zwar haben in der zweiten Kommission alle möglichen Auffassungen über die rechtliche Natur der Vormerkung geherrscht, aber daß sie kein ius ad rem begründe, darin waren sich ausnahmsweise alle einig [66]). Und auch dem von uns aus dem Gesetz selbst heraus aufgestellten Zweck der Vormerkung widerspricht eine solche Konstruktion der Vormerkung, die sich mit positiven Normen des Sachenrechts (§ 888) ohne zwingenden Grund in Widerspruch setzt.

Auch diese Konstruktion ist demnach abzulehnen.

---

[66]) Motive, Bd. 3, S. 113 f.

Eine dieser Auffassung ähnliche Konstruktion hat Oberneck aufgestellt. Er legt der Vormerkung die Wirkung bei, daß sie den Anspruch, die obligatio mit einem bestimmten Gegner, in eine obligatio mit einem unbestimmten Gegner im Sinne einer obligatio in rem scripta verwandle. Nur wenige Schriftsteller[67]) behandeln die Gierke'sche und die Oberneck'sche Konstruktion getrennt und sehen den Unterschied zwischen beiden. Die meisten scheinen sie nur als zwei verschiedene Ausdrücke für dasselbe Institut anzusehen. Aber zwischen ius ad rem und obligatio in rem scipta besteht, wenn sie auch vielfach dieselben Wirkungen haben, doch ein erheblicher Unterschied. Während das ius ad rem den Anspruch gegen den Schuldner unberührt läßt und dem Berechtigten nur das Recht gibt, diesen Anspruch anstatt gegen den Schuldner auch gegen Dritte geltend zu machen, wechselt bei der obligatio in rem scripta der Anspruchsgegner bei jeder Verfügung über die Sache, auf deren Erwerb der Anspruch geht. Verfügt also der Schuldner über das vorgemerkte Grundstück oder Recht, so erlischt der Anspruch des Berechtigten gegen den Schuldner und richtet sich von nun an gegen den Erwerber des Grundstücks oder Rechtes. Gerade dies aber ist bei der Vormerkung nicht der Fall. Mit der Verfügung des Verpflichteten über das Grundstück oder Recht, auf dem die Vormerkung ruht, erlischt nicht der Anspruch des Vormerkungsberechtigten gegen den Schuldner, sondern er besteht weiter und kann auch weiter geltend gemacht werden, da die Verfügung des Schuldners gegenüber dem Berechtigten unwirksam ist, soweit sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Daraus geht doch gerade hervor, daß die Vormerkung die Wirkung hat, daß der Anspruch gegen den Schuldner nicht mehr vereitelt oder beeinträchtigt werden kann, also auch durch eine Verfügung des Schuldners über das betroffene Grundstück oder Recht nicht erlischt. Weiter aber entsteht mit der Verfügung auch nicht der ursprünglich gegen den Schuldner gerichtete Anspruch nun gegen den Dritten, wie es bei einer obligatio in rem scipta der Fall sein müßte, sondern dieser Anspruch gegen den Dritten aus § 888 ist ein ganz andersartiger

---

[67]) so Sekler, Othmer und Leyser.

Anspruch, der zu dem Anspruch gegen den Schuldner auf die dingliche Rechtsänderung hinzutritt, wie bereits oben bei der Besprechung der Gierke'schen Theorie gezeigt ist. Auch sonst gilt das, was gegen Gierke angeführt wurde, auch hier. Auch die obligatio in rem scripta könnte niemals die Wirkungen erzeugen, die die Vormerkung gegenüber dem Erben, im Konkurs, in der Zwangsversteigerung und beim Zwangsvergleich äußert, und auch die Rangwirkung nach § 888 Abs. 3 könnte eine obligatio in rem scripta nicht hervorrufen.

Auch diese Konstruktion tritt also in Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen und ist daher mit dem von uns aufgestellten Zweck der Vormerkung, die sich nicht in Gegensatz zu positiven Bestimmungen des Sachenrechts setzen will, unvereinbar und deshalb abzulehnen.

Die Vormerkung im eigentlichen Sinne.

Alle Konstruktionen, die der Vormerkung eine rechtliche Natur beilegen, kraft derer der Anspruch, den sie sichern soll, in seinem Wesen verändert wird, stehen also mit den positiven Bestimmungen des Gesetzes in Widerspruch.

I. Die Vormerkung als dingliches Recht (im weiteren Sinne).

Wenn wir uns jetzt den Theorien zuwenden, die den Anspruch in seinem Bestande unverändert lassen und sich nur mit dem, was wir hier unter Vormerkung im eigentlichen Sinne verstehen, befassen, so ist die weitestgehende Theorie die Konstruktion, die die Vormerkung als dingliches Recht (im weitesten Sinne) hinstellt, das zu dem Anspruch, der gesichert werden soll, in akzessorischer Weise hinzutritt. Auch hier sind wieder verschiedene Auffassungen zu unterscheiden, die sich alle unter den genannten Oberbegriff bringen lassen. In der Hauptsache lassen sich drei Theorien unterscheiden. Nach der ersten tritt die Vormerkung zu dem Anspruch hinzu als Recht (im eigentlichen Sinne = Recht am Grundstück) eigener Art, nach der zweiten als ein absolutes Recht, nach der dritten als eine dingliche Erwerbsberechtigung. Die erste Theorie hat ihren Vertreter in Scherer gefunden, in neuerer Zeit auch in Marie Petersen-Enge, die diese Auffassung vielleicht am klarsten entwickelt. Man pflegt Scherer gewöhnlich als Vertreter der Fuchs'schen Ansicht hinzustellen, m. E. zu Unrecht. Scherer sieht in der Vormerkung selbst, nicht wie Fuchs in dem ihr zu Grunde liegenden Anspruch, ein dingliches Recht. Er nennt die Vormerkung ein bedingtes dingliches Recht, nämlich „ein durch den Nachweis des Anspruches selbst bedingtes

dingliches Recht auf die Sache“ [68]). Tatsächlich will, wie aus diesem Satze hervorgeht, Scherer damit nicht die Vormerkung als ein „bedingtes“ dingliches Recht hinstellen, sondern er will sagen, die Vormerkung sei ein dingliches Recht auf die Sache, dessen Bestehen von dem Bestehen des Anspruchs abhängig sei. Von einer Bedingung bleibt also nichts übrig; Scherers Vormerkung ist in Wirklichkeit ein unbedingtes Recht auf die Sache. Aber hier muß die Kritik einsetzen. Was für ein Recht auf die Sache ist denn die Vormerkung eigentlich? Ein dingliches Recht muß stets einen fest umgrenzten Inhalt haben, möge es nun bestehen in der Totalität der Herrschaft über eine Sache (Eigentum) oder in einer bestimmten Belastung der Sache. So ist es bei der Sicherungshypothek, die so gern zum Vergleich mit der Vormerkung herangezogen wird; sie ist ein dingliches Recht auf die Sache, dessen Bestehen von dem Bestehen eines Anspruchs abhängig ist (also genau so, wie Scherer die Vormerkung konstruiert). Aber dieses dingliche Recht hat einen fest umgrenzten Inhalt, es ist wie jede Hypothek eine Belastung in der Weise, daß aus dem Grundstück für eine Forderung eine Geldsumme zu zahlen ist (§ 1113 B.G.B.). Anders aber ist es bei der Vormerkung; ihr Inhalt steht nicht fest, sondern ergibt sich im Gegensatz zu der Sicherungshypothek erst aus dem Inhalt der durch sie gesicherten Forderung. Auch das dingliche Vorkaufsrecht, das unbestritten ein dingliches Recht ist, kann nicht zum Beweise der Ansicht Scherers herangezogen werden; denn erstens ist hier der Inhalt fest umgrenzt (Recht auf Uebereignung eines Grundstücks unter gewissen Umständen), und zweitens ist es keine Vormerkung, sondern hat nur die Wirkungen einer Vormerkung und dies auch nur Dritten gegenüber (§ 1098 Abs. 2). Infolgedessen darf man nicht schließen, da das Vorkaufsrecht ein selbständiges dingliches Recht sei, müsse nun auch die Vormerkung ein selbständiges dingliches Recht sein. Das B.G.B. hat sie nicht, wie das Vorkaufsrecht, als Recht konstruiert, und sie hat keinen fest umgrenzten Inhalt. Einen solchen will Petersen-Enge ihr anscheinend geben, wenn sie sagt: [69])

[68]) S. 57.
[69]) S. 37.

„Die Vormerkung ist ein dingliches Recht auf Rechtsänderung". Ein solches Recht gibt es aber im B.G.B. nicht. Wenn Petersen-Enge dem entgegenhält, es gäbe außer den Rechten auf Nutzung und Verwertung noch eine dritte Gruppe dinglicher Rechte, die auf Aenderung des bisherigen Zustandes gerichtet seien, z. B. das dingliche Vorkaufsrecht, das dingliche Fruchtrecht (§ 954 ff.), das Jagd-, Fischerei- und Erbbaurecht, so muß dem entgegengehalten werden, daß, ohne auf die Berechtigung einer Konstruktion einer solchen dritten Gruppe von Rechten einzugehen, alle diese aufgezählten Rechte einen bestimmten Inhalt haben, nämlich das Recht, eine Grundstücksübereignung zu verlangen, Früchte zu ziehen, die Jagd, Fischerei oder das Erbbaurecht auszuüben, und daß dies alles „Rechte" sind, die das B.G.B. als „Rechte" anerkennt, daß es aber ein „Recht, die Aenderung eines Rechtes zu verlangen" im B.G.B. einfach nicht gibt. Und schließlich gibt es nach dem B.G.B. Rechte an Rechten; man stelle sich aber einmal „ein Recht an einem Recht, die Aenderung eines Rechtes zu verlangen" vor. In meinen Augen ist das ein Unding. Das B.G.B. kennt jedenfalls solche Rechte nicht. Wenn man also die Vormerkung als dingliches Recht bezeichnet und damit kein Recht meint, das das B.G.B. kennt, so hat eine solche Konstruktion überhaupt keinen Wert. Sie ersetzt nur eine Unbekannte (Vormerkung) durch eine andere, noch dazu irreführende Unbekannte (dingliches Recht). Und schließlich sprechen auch die Einzelbestimmungen des B.G.B. über die Vormerkung gegen die Annahme, daß sie ein dingliches Recht am Grundstücke sei.

Hiergegen spricht zunächst bereits die äußere Stellung der Vormerkung im Sachenrecht. Sie hat nicht, wie die anderen dinglichen Rechte, einen besonderen Abschnitt im dritten Buch des B.G.B. inne oder einen Abschnitt zusammen mit anderen dinglichen Rechten, sondern sie steht unter dem Abschnitt „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken". Auch die anderen in diesem Abschnitt geregelten Institute, wie z. B. der Berichtigungsanspruch, der Widerspruch oder die Ersitzung sind anerkanntermaßen keine „Rechte" an Grundstücken; warum sollte es gerade die Vormerkung sein? Wäre aber die Vormerkung selbst ein

dingliches Recht am Grundstück, so müßten auch die „Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken" Anwendung auf die Vormerkung finden. So müßte zur Begründung einer Vormerkung Einigung und Eintragung erfolgen, nach § 885 aber entsteht die Vormerkung durch einseitige Bewilligung und Eintragung oder gar durch einstweilige Verfügung oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil (Z.P.O. § 895), alles Arten, auf die ein anderes „Recht" nicht entstehen kann. Nach § 873 müßte die Vormerkung ohne den Anspruch durch Einigung und Eintragung übertragen werden können, wenn sie ein Recht ist. Da aber die Vormerkung doch gerade den Anspruch sichern soll, so würde sie, wenn sie ohne den Anspruch übertragen würde, völlig wertlos sein, da sie keinen Anspruch mehr sichert. Bei anderen Instituten, die „Rechte" zur Sicherung eines Anspruchs sind, hat das B.G.B. positive Bestimmungen getroffen, nicht aber bei der Vormerkung. Denn ein Verbot, die Vormerkung ohne den Anspruch zu übertragen, wie es bei der Hypothek (§ 1153 Abs. 2) und beim Pfandrecht (§ 1250 Abs. 1 Satz 2) besteht, gibt es bei der Vormerkung nicht.

Wäre die Vormerkung ein Recht am Grundstück, so müßte der Erwerb einer Vormerkung nach Z.P.O. § 894 gemäß der Vorschrift des § 898 Z.P.O. unter den Schutz des guten Glaubens fallen, der Erwerb einer Vormerkung nach § 895 Z.P.O. dagegen nicht, da § 898 Z.P.O. auf diesen keine Anwendung findet. Es ist aber kein Grund einzusehen, weshalb der Erwerb der Vormerkung nicht unter dem Schutz des guten Glaubens stehen sollte, wenn das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, dagegen dieses Schutzes teilhaftig werden sollte, wenn es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist und dann später Rechtskraft erlangt.

§ 885 Abs. 2 wäre überflüssig, wenn bereits § 874 anwendbar wäre. Nach § 873 müßte die Vormerkung mit einem Rechte belastet werden können. In welcher Weise dies aber geschehen soll, ist mir unklar. Was nützt mir ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch an einer Vormerkung? Wohl kann der Anspruch mit einem Nießbrauch und einem Pfandrecht belastet werden, nicht aber die Vormerkung. Ist das aber nicht möglich, so ist auch § 876 nicht

anwendbar. Wohl finden die Vorschriften über das Rangverhältnis und den Rangvorbehalt Anwendung auf die Vormerkung, aber auch nur, weil nach der positiven Vorschrift des § 883 Abs. 3 sich der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt. Fehlte diese Bestimmung, so wären auch die §§ 879 ff. unanwendbar, da die Vormerkung selbst keinen Rang hat (vergl. § 883 Abs. 3: „Der Rang des Rechtes bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung", nicht etwa „nach dem Range der Vormerkung"). Ein Recht ohne Rang ist aber undenkbar. Weiter müßte nach § 883 eine Vormerkung auch zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung usw. einer Vormerkung zulässig sein, wenn die Vormerkung ein Recht sein soll. Unter derartigen Vormerkungen vermag ich mir aber beim besten Willen nichts vorzustellen. Es käme, um mit den Worten des Gesetzes zu reden, eine „Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstück" heraus. Daß dies eine Sinnlosigkeit ist, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.

Nicht dagegen kann man, wie Rosenberg[70]) und andere Schriftsteller es tun, mit den §§ 889, 891, 892, 894, 899 und 902 beweisen, daß die Vormerkung kein Recht ist; denn dann stellt man die Behauptung auf, daß die Vormerkung kein Recht ist, eine Behauptung, die doch erst bewiesen werden soll, und beweist mit dieser selbst unbewiesenen Behauptung, daß die Vormerkung kein Recht sei, dreht sich also im Kreise.

Aber die hier angeführten Bestimmungen zeigen bereits, zu welchen Ergebnissen man kommen muß, wenn man die Vormerkung als Recht am Grundstück ansieht. Auch hieraus geht hervor, daß die Vormerkung kein Recht am Grundstück sein kann.

Auch diese Theorie, wie sie Scherer und Petersen-Enge vertreten, ist demnach abzulehnen.

Dasselbe gilt auch aus denselben Gründen von der Ansicht Seklers[71]), der die Vormerkung als ein eigenartiges akzesso-

---

[70]) Bem. zu § 883.

[71]) S. 124 ff.

risches Recht an Grundstücken und Grundstücksrechten konstruiert, das die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstand gewährleistet, und der zu diesem Zweck in den numerus clausus der Sachenrechte als weiteres Recht noch das „Vormerkungsrecht" einfügen will, das er mit der Sicherungshypothek vergleicht. Die Ansicht Seklers wird auch von Strohal[72]) geteilt. Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Jaeger[73]), der die Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht, ähnlich der Arresthypothek, nennt. Ebenso wie Jaeger auch Neumann[74])[75]). Diese Ansichten sind aus den gleichen Gründen abzulehnen wie die Ansicht Scherers und Petersen-Enges. Alle dort angeführten Gründe gegen eine derartige Konstruktion treffen auch hier zu. Außerdem irrt Sekler, wenn er meint, die Vormerkung diene der Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstand. Nicht aus dem belasteten Gegenstand soll befriedigt werden, sondern der belastete Gegenstand selbst ist Objekt der Befriedigung. Die Sicherungshypothek geht nicht auf Einräumung des belasteten Grundstücks oder Rechts, sondern auf Zahlung einer Geldsumme aus diesem (§ 1113 B.G.B.), die Vormerkung aber geht auf Einräumung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung des von der Vormerkung betroffenen Rechts. Infolgedessen ist die Vormerkung mit der Sicherungshypothek überhaupt nicht zu vergleichen. Auch ist es falsch, wenn Sekler behauptet[76]): „Bei der Vormerkung entspricht der Darlehnsklage der Anspruch gegen den Schuldner und der Hypothekenklage der Anspruch gegen den dritten Erwerber". Die Hypothekenklage geht auf Zahlung der Geldsumme selbst, nicht etwa auf Zustimmung zu der Erfüllung der Forderung durch den Darlehnsschuldner, der Anspruch aus der Vormerkung gegen den dritten Erwerber dagegen nur auf Zustimmung zu der

---

[72]) Ueber relative Unwirksamkeit, S. 807.

[73]) Bem. I 3 zu K.O. § 24.

[74]) J. W. 1902 S. 455.

[75]) Auch Hellwig (Rechtskraft S. 254) nennt die Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht.

[76]) S. 127.

durch den Schuldner zu bewirkenden Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (§ 888).

Auch diese Konstruktion ist demnach abzulehnen.

Die unhaltbaren Ergebnisse, zu denen es führt, wenn man die Vormerkung als Recht am Grundstück neben den anderen im Sachenrecht ausdrücklich geregelten dinglichen Rechten ansieht, erkennt Cosack[77]). Er erfindet deshalb eine ganz neuartige Konstruktion für die Vormerkung, nämlich das „Vormerkungsrecht". Er nennt dies ein „eigentümliches dingliches Recht, das der vorgemerkten Forderung schützend zur Seite tritt . . . . . Es wirkt also gegen jedermann und ist deshalb als ein dingliches Recht anzusehen". Etwas weiter wieder sagt er: „Das Vormerkungsrecht ist ein beschränktes dingliches Recht erster oder zweiter Ordnung. Ein Recht „am" Grundstück oder „an" dem Recht ist das Vormerkungsrecht niemals. Die Vorschriften von B.G.B. §§ 873—878 sind also auf das Vormerkungsrecht garnicht oder doch nur analog anwendbar." Aus diesen Ausführungen Cosacks ergibt sich mit Deutlichkeit, daß das „Vormerkungsrecht" Cosacks kein dingliches Recht im eigentlichen Sinne ist; denn wenn das B.G.B. im Immobiliarsachenrecht von „Rechten" spricht, so meint es damit nur Rechte am Grundstück oder an einem Recht. „Beschränkte dingliche Rechte erster oder zweiter Ordnung, die keine Rechte an einem Grundstück oder an einem Recht sind", kennt das B.G.B. überhaupt nicht. Die dinglichen Rechte des B.G.B. haben stets dingliche Wirkungen, das Cosack'sche Vormerkungsrecht aber ist ein Ungeheuer mit zwei Köpfen, das bald dingliche, bald obligatorische Wirkungen hat. Dem Vormerkungsrecht stellt Cosack an die Seite das „Recht" des Besitzers und das „Recht" des Pächters. Aber auch dies sind „Rechte", die das B.G.B. nicht kennt. Cosacks Ansicht ist offenbar ein Gegenstück zu der ius ad rem-Theorie. Während Gierke den Anspruch zu einem Mittelding zwischen obligatorischem und dinglichem Recht machen will, will Cosack die Vormerkung selbst zu einem solchen Mittelding machen. Aber ebensowenig wie das B.G.B. ein ius ad rem kennt, kennt es ein „Vormerkungsrecht". Da

[77]) Lehrbuch, 4. Aufl. 1904, S. 23 ff.

bietet die ius ad rem-Theorie wenigstens noch den Vorteil, daß uns ein solches Institut aus dem früheren Recht bekannt ist, während das Vormerkungsrecht etwas gänzlich Neues ist. Es fragt sich nur, weshalb Cosack diesen Begriff überhaupt eingeführt hat. Wollte er damit nur sagen, die Vormerkung habe sowohl dingliche wie obligatorische Wirkungen, so wäre das nichts anderes, als was auch aus dem Gesetz unmittelbar hervorgeht, und jedenfalls nicht geeignet, die Rechtsnatur der Vormerkung zu klären; meint er aber letztere mit seinem Begriff geklärt zu haben, so ersetzt er nur einen Begriff (Vormerkung) durch einen anderen (beschränktes dingliches Recht erster oder zweiter Ordnung, das kein Recht am Grundstück oder an einem Recht ist).

Die Cosack'sche Ansicht hat denn auch keinen einzigen Anhänger gefunden, und in der neuesten Auflage des Cosack-schen Lehrbuches[78]), die von Mitteis herausgegeben ist, ist diese Konstruktion gänzlich verlassen worden, so daß wohl heute bereits die Lehre von der rechtlichen Natur der Vormerkung um wenigstens eine Theorie ärmer geworden ist[79]).

---

[78]) 7. und 8. Aufl., Jena 1924.

[79]) Ob Heck neuerdings die Cosack'sche Ansicht wieder aufgenommen hat, erscheint mir zweifelhaft, zumal er nirgends den Namen Cosacks erwähnt. Seine Wendung (S. 107 f.), die Vormerkung gehöre zu den dinglichen Rechten, indem sie eine Sicherung künftiger Aenderungen bringe, läßt zunächst fast darauf schließen; gleich darauf sagt er aber wieder: „Sie ist ein singuläres Institut" und: „Fast jede der im Schrifttum vertretenen Formulierungen hat ihre Vorzüge. Die Anschaulichkeit gewinnt durch die Zusammenstellung der verschiedenen Bezeichnungen." Dies läßt eher erkennen, daß Heck die Frage, welche Rechtsnatur der Vormerkung beizulegen sei, wohl offen lassen will. Dafür spricht auch der Satz (S. 104): „Die Rechtsnormen sind durch Interessenprüfung zu gewinnen". Klar ist die Ansicht Hecks durchaus nicht; außerdem ist die Interessenprüfung — ohne daß jedoch auf diese Frage näher eingegangen werden soll, weil sie nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt — ein allzu unsicherer Maßstab. Sie läßt dem subjektiven Empfinden des einzelnen Schriftstellers zu viel Raum; mit ihr läßt sich alles beweisen.

Die Fehler der Cosack'schen Konstruktion vermeidet die Auffassung, die die Vormerkung als ein Anwartschaftsrecht darstellt. Diese Auffassung wird vertreten von Enneccerus[80]), der die Vormerkung eine „dingliche Erwerbsberechtigung" nennt, von Endemann[81]), der sie als „dingliches Wartrecht" bezeichnet[82]), und von Crome[83]), der in ihr ein „Anwartschaftsrecht" sieht[84]). Unter Anwartschaftsrechten verstehen die genannten Schriftsteller absolute, d. h. gegen jedermann wirkende Rechte. Der Unterschied zu den dinglichen Rechten besteht darin, daß sie nicht die Berechtigung gewähren, über eine Sache zu herrschen, sondern eine Sache erwerben zu können. Von den meisten Schriftstellern[85]) wird diese Konstruktion mit der Begründung abgelehnt, sie passe nicht für die Vormerkungen, die nicht einen Anspruch auf Erwerb, sondern einen solchen auf Aufhebung oder Inhalts- oder Rangänderung eines Rechtes sichern. Allein eine Ablehnung mit dieser Begründung erscheint mir doch nicht gerechtfertigt. Denn wenn die Vormerkung, die einen Anspruch auf Erwerb eines Grundstücks oder Rechtes sichert, sich in die Kategorie der Erwerbsberechtigungen einreihen läßt, so dürfte es schließlich nicht schwer sein, das Wort „Erwerbsberechtigung" oder „Anwartschaftsrecht" so zu ändern, daß auch die anderen Vormerkungen in diese Kategorie einzureihen sind und so die Einheitlichkeit der Konstruktion gewahrt bleibt. Enneccerus zeigt dazu selbst den Weg, indem er die „Erwerbsberechtigung" als eine Unterart der „Rechts-

---

[80]) § 72 I B b

[81]) Bd. 2, S. 402.

[82]) Ebenso auch Semeka in „Das Wartrecht" in Arch.Bürg.-Recht, Bd. 35, S. 125, wo er sagt: „Das Wartrecht verhält sich zum vollendeten Recht wie die Vormerkung zum vorgemerkten Recht."

[83]) S. 176 f.

[84]) Aehnlich wie Crome auch Reichel, der die Vormerkung zwar in der Hauptsache als ein qualifiziertes Veräußerungsverbot auffaßt, sie daneben aber auch eine „Anwartschaft des vorgemerkten Anspruchsgläubigers auf die beanspruchte dingliche Rechtsänderung" begründen läßt. (Jher.Jahrb. Bd. 46, S. 152).

[85]) Sekler, S. 122; Ebner, S. 23; Biermann, S. 181; Othmer, S. 41 usw.

änderungsrechte" kennzeichnet. Würde man diesen letzteren Ausdruck wählen, so würden sich sämtliche Arten von Vormerkungen mühelos unter diesen Begriff einordnen lassen. Die Schriftsteller, die diese Konstruktion mit dieser Begründung ablehnen, haben es sich doch etwas zu leicht gemacht.

Aber aus einem anderen Grunde ist diese zunächst sehr ansprechend erscheinende Konstruktion abzulehnen. Dazu genügt es freilich nicht, daß man nur aus dem Namen „Erwerbsberechtigung" heraus die Anwendbarkeit dieser Konstruktion auf die Vormerkung ablehnt, sondern man muß sich schon etwas mehr, als es die meisten Schriftsteller tun, mit den Erwerbsberechtigungen befassen und ihr Wesen zu ergründen suchen. Das läßt sich am leichtesten an Hand der Enneccerus'schen Ausführungen durchführen. Enneccerus zählt zu den Erwerbsberechtigungen außer der Vormerkung (und dem Vorkaufsrecht, was hier auf dasselbe hinausläuft, da ja das Vorkaufsrecht Dritten gegenüber nach § 1098 Abs. 2 die Wirkung einer Vormerkung hat) das Recht des Finders auf Eigentumserwerb nach § 973, das Abschneiderecht des Grundeigentümers nach § 910 und das Abtrennungsrecht des Besitzers nach den §§ 997, 951, zu denen Endemann noch das Recht des bedingt Berechtigten, mit dem Eintritt der Bedingung das Recht endgültig zu erwerben (§ 158), hinzufügt. Aber zwischen diesen Bestimmungen und der Vormerkung besteht doch ein wesentlicher Unterschied. Bei allen angeführten Bestimmungen tritt der endgültige Erwerb des Rechtes ex lege nach besonderen, von den allgemeinen Regeln über den Erwerb von Rechten abweichenden Bestimmungen ein. Während an sich zum Erwerb eines Gegenstandes Einigung und Uebergabe erforderlich ist, genügt bei dem gefundenen Gegenstand allein der Wille des Finders, Eigentümer zu werden, in Verbindung mit dem Zeitablauf, genügt bei dem Erwerb eines Rechtes in unbedingter Form, das bereits in bedingter Form erworben wurde, allein der Eintritt der Bedingung, bei der Abtrennung des Besitzers allein die Abtrennung anstatt des nach allgemeinen Regeln noch dazu erforderlichen die Abtrennung erlaubenden Vertrages, bei dem Abschneiderecht des Grundstückseigentümers anstatt der Aneignungsgestattung seitens des Eigentümers des Zweiges und dem Abschneiden allein das

Abschneiden. Es wird also gewissermaßen ein Erwerbstatbestand bereits vorweggenommen, die Einigung wird durch das Finden und den Zeitablauf bzw. durch die bedingte Erwerbung bzw. durch die Verbindung zweier Sachen seitens des Besitzers bzw. durch das Hinüberwachsen des Zweiges in das Gebiet des anderen Grundstücks ersetzt, so daß stets bereits ein Erfordernis zum Erwerb des Rechtes selbst erfüllt ist. Ganz anders aber ist es bei der Vormerkung. Hier wird durch die Eintragung der Vormerkung kein Teil der zum endgültigen Erwerb nötigen Erfordernisse ersetzt, der Erwerb des endgültigen Rechts ist nicht nur von einer Handlung oder einem Willensentschluß des Berechtigten oder von dem Eintritt einer Bedingung abhängig, sondern zum Erwerb des endgültigen Rechtes ist alles das erforderlich, was auch erforderlich sein würde, wenn eine Vormerkung überhaupt nicht eingetragen wäre. Von einer Erwerbsberechtigung kann man demnach nicht sprechen; denn wenn der Vormerkungsberechtigte zum Erwerb des Rechtes alles das tun muß, was ein anderer nicht „Erwerbsberechtigter" auch tun müßte, so ist der Vormerkungsberechtigte eben noch nicht zum Erwerb berechtigt in dem Sinne, wie dies sonst bei Erwerbsberechtigten der Fall ist. Die bereits oben zitierte Ansicht Semekas[86]), das Wartrecht verhalte sich zum vollendeten Recht wie die Vormerkung zum vorgemerkten Recht, ist also nicht richtig.

Infolgedessen ist auch diese Konstruktion, die Rechtsnatur der Vormerkung in einem Rechtsänderungsrecht, nenne man es nun Erwerbsberechtigung, Wartrecht oder Anwartschaftsrecht, zu sehen, abzulehnen.

Eine letzte Konstruktion, die in diese Gruppe einzureihen ist, bringt Wolff[87]). Er bezeichnet die Vormerkung als ein „negatives Herrschaftsrecht". Auch diese Konstruktion hat keine weiteren Vertreter gefunden, sondern ist, soweit sie überhaupt von den anderen Schriftstellern erwähnt wird, allgemein abgelehnt

---

[86]) Arch.Bürgl.Recht, Bd. 35, S. 125.
[87]) § 48 VII 2.

worden. Die beste Kritik an dieser Theorie scheint mir Rosenberg geübt zu haben, zugleich auch die kürzeste und prägnanteste, wenn er hinter die Darlegung der Wolff'schen Theorie nur das eine Wort setzt: „Worüber?". In der Tat kommt ein negatives Herrschaftsrecht, wie es Wolff konstruiert, nämlich als ein „der Verkehrsbeschränkung gegenüberstehendes Recht des Vorgemerkten", nur auf eine Verfügungsbeschränkung, wenn man sie nicht von der Seite des Verpflichteten, sondern von der des Berechtigten ansieht, hinaus; jede Verfügungsbeschränkung zu Gunsten eines anderen müßte dann ein negatives Herrschaftsrecht dieses anderen erzeugen. Der Begriff „negatives Herrschaftsrecht" wäre dann nur ein Gegenstück zur Verfügungsbeschränkung und sagt nichts anderes als die Theorie, die in der Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung sieht. Meint Wolff aber mit dem negativen Herrschaftsrecht etwas anderes, so habe ich der Rosenberg'schen nichts hinzuzufügen: Worüber?

Auch diese Konstruktion ist demnach abzulehnen.

Auch alle diese Theorien, die die Vormerkung selbst als dingliches Recht oder etwas einem dinglichen Rechte ähnliches in akzessorischer Weise neben den durch sie gesicherten Anspruch treten lassen wollen, führen, wie wir gesehen haben, zu keinem befriedigenden Ergebnis. Sie geraten entweder in Widerspruch zu den positiven Normen des Sachenrechts und laufen daher dem Zweck der Vormerkung, wie er oben aus dem Gesetz heraus entwickelt worden ist, zuwider, oder sie ersetzen die erst zu erforschende Bezeichnung Vormerkung durch eine andere Bezeichnung, die entweder in Widerspruch zum Gesetze tritt, wie die Cosack'sche Bezeichnung, und selbst noch der näheren Erforschung bedarf, oder sie suchen sie in ein zwar schon bestehendes und auch genügend geklärtes Rechtsinstitut einzugliedern, in das sie aber nicht hineinpaßt, wie es die Anhänger der Anwartschaftstheorie tun. Alle diese Schriftsteller berücksichtigen nicht, daß die Vormerkung zwar in Verbindung mit dem Anspruch die Grundlage eines dinglichen Rechtes darstellen kann, niemals aber selbst ein Recht ist[88]) und auch nicht ein einem dinglichen Rechte ähnliches Rechtsgebilde.

---

[88]) So auch Rosenberg, zu § 883.

Es gilt also eine andere Konstruktion für die Rechtsnatur der Vormerkung zu finden.

II. Die Vormerkung als Verfügungsbeschränkung.

§ 883 in Verbindung mit § 888 bestimmt, daß eine Verfügung, die den vorgemerkten Anspruch zu vereiteln oder zu beeinträchtigen geeignet ist, dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam sei. § 135 B.G.B. bestimmt, daß die einem Veräußerungsverbot zuwiderlaufende Verfügung dem durch das Veräußerungsverbot Geschützten gegenüber unwirksam sei. So ist es verständlich, wenn viele Schriftsteller die Vormerkung als ein Veräußerungsverbot oder als eine Verfügungsbeschränkung bezeichnen. Als ein reines Veräußerungsverbot wird die Vormerkung eigentlich von niemandem bezeichnet. Planck[89]) erklärt, sie sei einem Veräußerungsverbot nahe verwandt, verkennt aber nicht, daß beide Institute doch in ihren Wirkungen vielfach verschieden sind. Meist wird die Vormerkung als ein qualifiziertes Veräußerungsverbot bezeichnet, so von Raape[90]), Reichel[91]), Goldmann-Lilienthal[92]), Turnau-Förster[93]), welch letztere sie aber an anderer Stelle[94]) auch als Verfügungsbeschränkung bezeichnen. Auch das Kammergericht hat sich in einigen Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, die Vormerkung sei ein qualifiziertes Veräußerungsverbot[95]). R.G.R.K.[96]) nennt die Vormerkung ein Veräußerungsverbot von besonderer Art mit tatsächlicher Einschränkung der Möglichkeit freien Verfügens, nicht eine rechtliche Verfügungsbeschränkung, hebt dagegen an anderer

[89]) Zu § 883.
[90]) S. 109.
[91]) S. 147.
[92]) S. 288.
[93]) S. 157.
[94]) S. 197.
[95]) So K.G.J. 27 A 85; 29 A 237; 33 A 277.
[96]) Bem. 8 zu § 883.

Stelle[97]) wieder hervor, die Vormerkung sei kein Veräußerungsverbot im eigentlichen Sinne, da doch wesentliche Unterschiede zwischen beiden Instituten beständen. Als Verfügungsbeschränkung wird die Vormerkung aufgefaßt von Leyser[98]), der diese Auffassung besonders eingehend begründet, ferner von Staudinger-Kober[99]), der allerdings doch anscheinend wieder einen Unterschied zwischen beiden machen will insofern, als er sagt, die Vormerkung sei einer Verfügungsbeschränkung gleichartig, ferner von Bendix[100]) und von Turnau-Förster[101], welch letztere sie dagegen auch wieder als qualifiziertes Veräußerungsverbot auffassen (s. oben). Schon daraus, daß niemand die Vormerkung als ein reines Veräußerungsverbot auffaßt, sondern nur als Veräußerungsverbot von besonderer Art, ersieht man, daß die Vormerkung doch wohl kein Veräußerungsverbot ist; daß sie auch keine Verfügungsbeschränkung ist, soll im Folgenden ebenfalls nachgewiesen werden. Zunächst aber ist es notwendig, den Unterschied zwischen Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung zu klären, den viele Schriftsteller, die dauernd zwischen beiden Begriffen schwanken, was insbesondere bei Turnau-Förster der Fall ist, anscheinend nicht erkennen. Raape[102]) sieht als Veräußerungsverbot nur das absolute Veräußerungsverbot des § 134 an, das relative Veräußerungsverbot der §§ 135 ff. dagegen bezeichnet er als Verfügungsbeschränkung. Dieser Auffassung vermag ich nicht zu folgen, zumal auch das Gesetz selbst das relative Veräußerungsverbot nicht Verfügungsbeschränkung, sondern Veräußerungsverbot nennt (§§ 135, 136). Auch nimmt mit Ausnahme von Fuchs kein einziger Schriftsteller an, daß die vormerkungswidrige Verfügung absolut unwirksam sei. Wenn also diese Schriftsteller von qualifiziertem Veräußerungsverbot sprechen, so haben sie damit die §§ 135, 136

---

[97]) Bem. 11 zu § 883.
[98]) S. 62.
[99]) Zu § 883.
[100]) Gruchot, Bd. 49, S. 527/531.
[101]) S. 197.
[102]) S. 81.

im Auge, nicht den § 134. Dies ist übrigens auch bei Raape selbst der Fall [103]), der damit seine eigene Terminologie wieder aufgibt. Vielmehr scheint mir Verfügungsbeschränkung zweierlei zu bedeuten. Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne scheint mir nur das zu sein, was das Gesetz in § 137 behandelt, wofür auch die Terminologie des Gesetzes spricht, nicht dagegen die relativen Veräußerungsverbote. Veräußerungsverbot ist danach das durch Gesetz oder richterliche oder behördliche Anordnung erlassene Verbot, über einen Gegenstand zu verfügen, Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne dagegen die durch ein Rechtsgeschäft eingegangene Verpflichtung, über einen Gegenstand nicht zu verfügen. Da aber auch jedes Veräußerungsverbot eine Verfügungsbeschränkung [104]) enthält, so kann man beiden Begriffen, Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne, den Begriff der Verfügungsbeschränkung im weiteren Sinne überordnen. In diesem Sinne sollen diese Begriffe hier verwandt werden, wobei im Interesse einer kurzen Bezeichnung unter Verfügungsbeschränkung im Zweifel die Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne zu verstehen ist.

Nachdem der Unterschied zwischen Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung nunmehr geklärt ist, soll jetzt untersucht werden, ob die Vormerkung mit einem dieser Begriffe identisch ist. Untersuchungen hierüber sind insbesondere von Neumann [105]) und Voß [106]) bereits in eingehender und erschöpfender Weise angestellt worden.

Zunächst aber muß vorausgeschickt werden, daß ich es nicht für richtig halte, wenn die Vormerkung nur als Veräußerungsverbot oder nur als Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne dargestellt wird; denn ersteres kann nur durch gerichtliche Anordnung, letztere nur durch Rechtsgeschäft entstehen, während die Vormerkung beide Entstehungsarten kennt; wer also annimmt, die Vormerkung sei ein Veräußerungsverbot, kann damit nur die

---

[103]) S. 109.
[104]) im tatsächlichen Sinne.
[105]) J.W. 1902, S. 455 ff.
[106]) Jher.Jahrb. Bd. 60, S. 293 ff.

Vormerkung auf Grund gerichtlicher Anordnung meinen und muß die bewilligte Vormerkung demgemäß als Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne ansehen. Ebenso muß, wer sie als letztere bezeichnet, sie zugleich auch als Veräußerungsverbot ansehen. Am zweckmäßigsten schiene es mir demnach zu sein, wenn die Vertreter dieser Theorie die Vormerkung als eine Verfügungsbeschränkung im weiteren Sinne bezeichnen würden. Doch nun zur Kritik dieser Theorie selbst.

Bereits die Terminologie des Gesetzes bietet ein Indiz dafür, daß Vormerkung einerseits und Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung andererseits nicht dasselbe sind, denn sonst brauchte das Gesetz nicht die besondere Bezeichnung „Vormerkung" für das in den §§ 883 ff. geregelte Institut einzuführen, sondern würde dieses Institut viel zweckmäßiger mit dem Namen „Veräußerungsverbot" oder „Verfügungsbeschränkung" bezeichnet haben. Außerdem wäre § 888 Abs. 2 überflüssig, ja unverständlich, wenn die Vormerkung ein Veräußerungsverbot wäre.

Aber es ist bereits oben betont worden, daß angesichts dieser Meinungsverschiedenheiten des Gesetzgebers selbst über die rechtliche Natur der Vormerkung Beweise nur mit dem Wortlaut des Gesetzes leicht zu Fehlschlüssen führen können. Sie können nur ein Indiz, keinen Beweis abgeben. Aber schon das Indiz ist hier vorhanden.

Jedoch auch in sachlicher Hinsicht bestehen erhebliche Unterschiede zwischen Vormerkung einerseits und Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung andererseits. Schon in der Art der Entstehung bestehen wichtige Unterschiede. (Selbstverständlich ist hier stets nur von eingetragenen Veräußerungsverboten und Verfügungsbeschränkungen die Rede.) Ein Veräußerungsverbot entsteht entweder unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift oder durch gerichtliche oder behördliche Anordnung. Hierbei können die Veräußerungsverbote, die durch gesetzliche oder behördliche Anordnung entstehen, unberücksichtigt bleiben, da eine Vormerkung auf diese Weise nicht entstehen kann. Es braucht also nur das gerichtliche Veräußerungsverbot betrachtet zu werden. Dieses entsteht unmittelbar durch die richterliche Anordnung und wirkt vom Zeitpunkt ihres Erlasses an, des Hinzukommens eines

weiteren Umstandes bedarf es nicht. Die Eintragung ins Grundbuch hat also nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung, sie bewirkt nur, daß ein gutgläubiger Erwerb des mit dem Veräußerungsverbot behafteten Gegenstandes durch Dritte, der die Wirksamkeit des Veräußerungsverbots aufheben würde (§ 892 Abs. 1 Satz 2), vom Zeitpunkt der Eintragung an nicht mehr möglich ist. Anders ist die Entstehung der Vormerkung. Sie entsteht nicht durch gerichtliche Anordnung selbst, sondern es bedarf zur Entstehung des Hinzukommens der Eintragung. Erst im Augenblick der Eintragung entsteht die Vormerkung. Wenn die Eintragung einer Vormerkung durch einstweilige Verfügung bewilligt ist, so kann der Berechtigte gegen denjenigen, der in der Zeit zwischen der Bewilligung der Eintragung und der Eintragung den Gegenstand, für den die Eintragung der Vormerkung bewilligt ist, erworben hat, selbst wenn er von der Bewilligung der Eintragung der Vormerkung wußte, nicht vorgehen, während er dies beim Erlaß eines Veräußerungsverbots könnte, denn die Vormerkung existiert noch garnicht. Nicht die Vormerkung ist bewilligt, sondern erst die Eintragung einer Vormerkung, (B.G.B. § 885). Ebenso ist es, wenn eine Vormerkung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragen wird; auch dann erlangt sie Wirksamkeit erst durch die Eintragung; denn auch hier gilt nach § 895 Z.P.O. nicht die Vormerkung als bewilligt, sondern nur die Eintragung einer Vormerkung.

Ferner ist der Erlaß eines Veräußerungsverbotes durch einstweilige Verfügung nur zulässig, „wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte“ (Z.P.O. § 935). Die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung durch einstweilige Verfügung ist dagegen auch ohne Glaubhaftmachung einer Gefährdung des zu sichernden Anspruches zulässig. Ebenso bestehen hinsichtlich des Erlöschens Unterschiede zwischen der Vormerkung und dem Veräußerungsverbot. Die Vormerkung erlischt mit ihrer Löschung im Grundbuch, selbst wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt ist — dies wird nur von denen bestritten, die die Vormerkung als dingliches Recht ansehen —, während ein im Grundbuch gelöschtes Ver-

äußerungsverbot dennoch weiterbestehen kann, wenn es nicht durch gerichtliche Anordnung wieder aufgehoben ist, und nur gegen gutgläubige Dritte seine Wirksamkeit verliert. Andererseits erlischt das Veräußerungsverbot bereits durch die es aufhebende gerichtliche Anordnung, die Vormerkung dagegen besteht auch nach der Zurücknahme der Bewilligung durch das Gericht weiter bis zu ihrer Löschung, eine Auffassung, die allerdings bestritten wird, m. E. jedoch zu Unrecht, da dasselbe, was für die Entstehung der Vormerkung gilt, mangels abweichender gesetzlicher Vorschrift entsprechend auch für das Erlöschen der Vormerkung gelten muß.

Aber auch die Voraussetzungen, unter denen ein Veräußerungsverbot und eine Vormerkung erlassen werden kann, sind verschiedene. Während eine Vormerkung nach § 883 nur zulässig ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts, nicht dagegen zur Sicherung anderer Ansprüche oder gar dinglicher Rechte, ist ein Veräußerungsverbot auch zur Sicherung eines nicht in § 883 genannten Anspruchs und sogar zur Sicherung eines dinglichen Rechtes zulässig.

Aber nicht nur Entstehung, Erlöschen und Voraussetzungen sind bei der Vormerkung anders geregelt als bei dem Veräußerungsverbot, sondern auch die Wirkungen beider Institute sind verschieden. Und sie sind nicht einmal in der Art verschieden, daß das eine Institut stärkere Wirkungen als das andere hat, sondern die Wirkungen der Vormerkung sind in einigen Punkten stärker, in anderen dagegen wieder schwächer als die Wirkungen eines Veräußerungsverbotes.

Nicht richtig ist es, wenn die meisten Schriftsteller, darunter selbst Neumann, behaupten, ein Veräußerungsverbot habe nur negative Wirkungen, die Vormerkung dagegen negative und positive Wirkungen. Daß auch das Veräußerungsverbot positive Wirkungen hat, beweist sein Einfluß in der Zwangsvollstreckung. Aber die Vormerkung hat gewisse positive Wirkungen, die das Veräußerungsverbot nicht hat. So gewährt sie nach K.O. § 24

im Konkurse das Recht, abgesonderte Befriedigung vor den gewöhnlichen Forderungsgläubigern zu verlangen, während ein Veräußerungsverbot den Konkursgläubigern gegenüber nach K.O. § 13 seine Wirksamkeit verliert. Ebenso wird der Vormerkungsberechtigte durch einen Zwangsvergleich nicht in seinen Rechten berührt, während der Zwangsvergleich gegen den durch ein Veräuerungsverbot Gesicherten, da er kein bevorrechtigter Konkursgläubiger ist, wirksam ist (K.O. § 193). Auch kann der Erbe dem durch ein Veräußerungsverbot gesicherten Gläubiger des Erblassers gegenüber die Einreden der beschränkten Erbenhaftung, des Ausschlusses im Aufgebotsverfahren, der Nichtgeltendmachung der Forderung innerhalb der ersten 5 Jahre nach dem Tode des Erblassers, des Nachlaßkonkurses, sowie die aufschiebenden Einreden des Erben geltend machen, während dem durch eine Vormerkung geschützten Gläubiger gegenüber alle diese Einreden versagen (§§ 884, 1971, 1974, 1990, 2016). Auch kann ein Veräußerungsverbot zugunsten eines Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts niemals die Wirkung haben, daß das dingliche Recht, wenn es später erworben wird, bereits mit dem Rang eingetragen wird, der ihm zukommen würde, wenn es gleichzeitig mit dem Veräußerungsverbot eingetragen wäre, während die Vormerkung stets diese Wirkung hat (§ 883 Abs. 3).

Umgekehrt gehen in der Zwangsversteigerung die Wirkungen des Veräußerungsverbotes weiter als die einer Vormerkung. Hier hat die Vormerkung nur die Wirkung, daß bei Feststellung des geringsten Gebots vorgemerkte Ansprüche wie eingetragene dingliche Rechte zu berücksichtigen sind (§ 48 Z.V.G.), dagegen kann die Vormerkung niemals die Zwangsversteigerung hindern. Gegenstände dagegen, auf denen ein Veräußerungsverbot ruht, sollen gemäß § 772 Z.P.O. nicht zwangsversteigert werden, und wenn dies dennoch geschieht, so hat der durch das Veräußerungsverbot Gesicherte dieselbe Stellung wie derjenige, dem ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht zusteht, d. h. ihm steht die Exekutionsinterventionsklage des § 771 Z.P.O. zu.

Auch die Wirkungen von Vormerkung und Veräußerungsverbot sind also vielfach verschieden; wenn sich die Wirkungen beider Institute in vielen Punkten auch gleichen, so geht doch

in mehreren Beziehungen die Wirkung einer Vormerkung über die eines Veräußerungsverbotes hinaus, bei der Zwangsversteigerung umgekehrt die eines Veräußerungsverbotes über die einer Vormerkung hinaus.

Diese verschiedenartige Behandlung der Wirkungen ist notwendig, weil auch der Zweck der beiden Institute sehr verschieden ist, und hiermit kommen wir zu einem weiteren Unterscheidungspunkte zwischen beiden Instituten. Der Zweck eines Veräußerungsverbotes besteht darin, daß der Betroffene an der Verfügung über den von dem Verbot betroffenen Gegenstand gehindert werden soll, die Vormerkung dagegen erstrebt einen ganz anderen Zweck, wie oben entwickelt ist, einen Zweck, der sich teilweise mit dem eines Veräußerungsverbotes deckt, teilweise über ihn hinausgeht, teilweise aber ihm auch gerade entgegengesetzt ist. Der Vormerkungsberechtigte hat gar kein Interesse daran, daß dem Verpflichteten die Verfügung über den von der Vormerkung betroffenen Gegenstand verboten wird, er hat nur ein Interesse daran, daß eine solche Verfügung ihm gegenüber unwirksam ist, während der durch eine Verfügungsbeschränkung Gesicherte tatsächlich oft ein Interesse daran hat, daß dem Verpflichteten die Verfügung verboten wird, damit nicht ein gutgläubiger Dritter, gegen den er nicht vorgehen könnte, durch eine Verfügung des Verpflichteten Rechte an dem Gegenstand erlangt. Ja beim Vorkaufsrecht, das doch Dritten gegenüber auch die Wirkung einer Vormerkung hat, hängt sogar das Geltendmachenkönnen (nicht etwa das Entstehen, wie vielfach behauptet wird!) des Vorkaufsrechtes von der Veräußerung des betroffenen Gegenstandes durch den von dem Vorkaufsrecht Betroffenen ab; hier würde ein Veräußerungsverbot geradezu die Geltendmachung des Vorkaufsrechts verhindern und es praktisch wertlos machen.

Da also Vormerkung und Veräußerungsverbot sowohl hinsichtlich ihrer Entstehung wie hinsichtlich ihrer Aufhebung, ihrer Voraussetzungen, ihres Inhalts, ihrer Wirkungen und ihres Zweckes wesentliche Verschiedenheiten aufweisen, also so ziemlich in allen Beziehungen, die sich überhaupt denken lassen, so kann man nicht mehr behaupten, die Vormerkung sei ein Veräußerungsverbot. Auch sie als ein qualifiziertes Veräußerungsverbot zu

bezeichnen, ist irreführend und wertlos, denn die Unterschiede zwischen den beiden Instituten sind so groß, daß man hier nicht mehr von einer Qualifikation sprechen kann, sondern von einer grundsätzlichen Verschiedenheit beider Institute sprechen muß.

Auch diese Konstruktionen, die die Vormerkung als ein Veräußerungsverbot oder ein qualifiziertes Veräußerungsverbot bezeichnen, sind demnach abzulehnen.

Es ist nun weiter zu untersuchen, ob sich Vormerkung und Verfügungsbeschränkung decken. Daß die Terminologie des Gesetzes dagegen spricht, sei auch hier nur als Indiz verzeichnet. Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne ist die durch Rechtsgeschäft entstehende Verpflichtung des einen Teils, über ein Recht nicht zu verfügen.

Auch zwischen den Verfügungsbeschränkungen und der Vormerkung bestehen tiefgehende Unterschiede. Gemeinsam haben sie nur das, daß beide durch Rechtsgeschäft (Bewilligung) entstehen. Aber der Zeitpunkt der Entstehung ist auch bei diesen Instituten ein verschiedener. Die Verfügungsbeschränkung entsteht mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, die Vormerkung erst mit der Eintragung. Die vertragliche Verfügungsbeschränkung ist nicht eintragbar, die Vormerkung dagegen ist eintragbar und kann sogar ohne Eintragung überhaupt nicht existieren. Ebenso erlischt die Verfügungsbeschränkung durch Rechtsgeschäft, die Vormerkung dagegen nur durch Löschung. Alles dies ist bereits oben bei der Besprechung der Konstruktion der Vormerkung als Veräußerungsverbot näher dargelegt worden, worauf deshalb hier verwiesen sei.

Ebenso kann eine vertragliche Verfügungsbeschränkung nicht nur zur Sicherung vormerkungsfähiger Ansprüche vereinbart werden, sondern auch zur Sicherung anderer Ansprüche und dinglicher Rechte, wie das Veräußerungsverbot.

Auch bei der vertraglichen Verfügungsbeschränkung sind die Wirkungen anders geregelt als bei der Vormerkung. Die Verfügungsbeschränkung schließt zwar nicht die Befugnis zur Verfügung aus, aber sie verpflichtet den Vertragspartner obligatorisch, nicht über den Gegenstand oder das Recht zu verfügen. Sie erzeugt also nur obligatorische Ansprüche gegen den Vertragsgegner,

während die Vormerkung überhaupt keinen obligatorischen Anspruch gegen den Vertragsgegner erzeugt (denn sie verpflichtet ihn nicht, nicht zu verfügen), dafür aber den Anspruch aus § 888 gegen Dritte erzeugt und darüber hinaus noch viele Wirkungen hat, wie sie sonst nur dingliche Rechte haben, so beim Erbfall (§§ 884, 1971, 1974, 1990, 2016), im Konkurs (§ 24 K.O.), beim Zwangsvergleich (§ 193 K.O.) und in der Zwangsversteigerung (Z.V.G. § 48). Wirkungen, wie sie oben beim Veräußerungsverbot bereits eingehend besprochen worden sind.

Auch der Zweck der Verfügungsbeschränkung ist ein anderer als der der Vormerkung. Die Verfügungsbeschränkung hat denselben Zweck wie das Veräußerungsverbot, das ja auch nur eine nicht vertragliche Verfügungsbeschränkung ist, während die Vormerkung einen ganz anderen Zweck hat. Auch hier kann ich auf die oben gemachten ausführlichen Darlegungen verweisen.

Die vertragliche Verfügungsbeschränkung und die Vormerkung weisen also hinsichtlich ihrer Entstehung, Aufhebung, Voraussetzungen, Wirkungen und ihres Inhalts und Zwecks so wesentliche Verschiedenheiten auf, daß man die Vormerkung nicht mehr als eine Verfügungsbeschränkung oder qualifizierte Verfügungsbeschränkung bezeichnen kann.

Noch ein Argument, daß Biermann bringt [107]), sei hier angeführt, das sowohl gegen die Annahme eines Veräußerungsverbots wie einer vertraglichen Verfügungsbeschränkung spricht. Nach § 878 wird eine in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung des Berechtigten nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist. Wäre die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung, so würde eine vor ihrer Eintragung abgegebene Erklärung nach §§ 873, 875, 877 von der Vormerkung nicht berührt werden, falls der Antrag auf Eintragung bereits vor der Eintragung der Vormerkung gestellt woden ist. Nach § 883 aber ist jede Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung getroffen wird, insoweit unwirksam, als

[107]) S. 182.

sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Verfügung tritt erst ein, wenn die Eintragung des störenden Rechtes erfolgt ist; denn erst in diesem Augenblick wird der bestehende Rechtszustand geändert. Wäre die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung, so wäre die Bestimmung des § 883 Abs. 2 durchbrochen. Denn eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung getroffen wird, wäre dem Vormerkungsberechtigten gegenüber noch wirksam, falls vor der Eintragung der Vormerkung bereits die Einigungserklärung von dem Grundstücksberechtigten abgegeben und der Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamte gestellt war.

Die Annahme einer Verfügungsbeschränkung oder eines Veräußerungsverbotes tritt also auch mit den gesetzlichen Bestimmungen selbst in Widerspruch.

Aus allen diesen Gründen ist demnach die Konstruktion, die Vormerkung sei eine qualifizierte oder nicht qualifizierte, nichtvertragliche Verfügungsbeschränkung (Veräußerungsverbot) oder vertragliche Verfügungsbeschränkung (Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne), abzulehnen.

III. Die Vormerkung als reiner Grundbuchvermerk.

Es bleibt daher nur noch die Möglichkeit offen, die Vormerkung einfach als einen Grundbuchvermerk anzusehen. Dieser Auffassung haben sich auch die meisten Schriftsteller angeschlossen, ferner auch die Rechtsprechung nicht nur des Reichsgerichts, sondern auch der höchsten Landesgerichte, wie des Bayrischen Obersten Landesgerichtes und des Kammergerichts. Wenn man untersuchen will, ob die Vormerkung ein Grundbuchvermerk ist und nichts weiter, so muß man sich zunächst mit der Frage befassen, ob ein Grundbuchvermerk überhaupt derartige Wirkungen haben kann, wie sie die Vormerkung hat. Denn dann muß ein einfacher Grundbuchvermerk imstande sein, solche Rechtswirkungen hervorzurufen, wie sie die Vormerkung hervorruft. Daß dies möglich

sei, wird von allen den Schriftstellern bestritten, die der Vormerkung eine andere Rechtsnatur beilegen. Sie behaupten sämtlich, ein bloßer Grundbuchvermerk könne keine materiellrechtlichen Wirkungen in der Art, wie dies bei der Vormerkung der Fall sei, hervorrufen. Allein diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden.

Gewiß ist es schwer, sich vorzustellen, daß ein bloßer Grundbucheintrag die Kraft haben soll, dem Vormerkungsberechtigten so weitgehende Wirkungen einzuräumen, daß sie z. B. selbst einen gutgläubigen Dritterwerb des von ihr betroffenen Rechtes, soweit hierdurch der von ihr gesicherte Anspruch beeinträchtigt wird, unwirksam macht, daß sie dem endgültigen Rechte den Rang sichert, den es erhalten hätte, wenn es anstelle der Vormerkung eingetragen worden wäre, daß sie einen Anspruch gegen den Dritterwerber erzeugt usw. Aber daß eine solche Vorstellung schwer ist, liegt nur daran, daß das Gesetz sonst keinen Grundbuchvermerk kennt, der nur als Grundbuchvermerk ähnliche Wirkungen hervorriefe; denn auch der der Vormerkung sehr nahe verwandte Widerspruch, der einzige vorläufige Grundbucheintrag, den das Gesetz außer der Vormerkung noch kennt, hat nur die Wirkung, daß er den guten Glauben des Grundbuchs zerstört, nicht dagegen erzeugt er positive Wirkungen; denn daß der Gläubiger des Berichtigungsanspruchs einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gegen Dritte hat, ist eine Wirkung des Rechtes selbst, nicht eine Wirkung des Widerspruchs. Auch die anderen Grundbucheinträge, z. B. die Einträge einer Rechtsänderung, haben positive Wirkungen nur, wenn noch ein anderer Umstand, z. B. die Einigung, hinzukommt, nicht dagegen von sich selbst aus.

Dennoch kann ein Grundbucheintrag nur aus sich selbst heraus solche positiven Wirkungen erzeugen. Daß dies der Fall ist, lehrt uns der Blick auf ein anderes Rechtsinstitut, den Besitz. Dies erkannt und dargelegt zu haben, ist das Verdienst Walsmanns[108]). Denn nur aus einem Vergleich mit diesem Institut heraus lassen sich die Wirkungen der Vormerkung erklären.

[108]) Verzicht, S. 86.

Auch der Besitz ist, wie allerdings sehr umstritten ist[109]), kein Recht, sondern ein bloßes tatsächliches Verhältnis, welches Rechtswirkungen, die man als die Rechte des Besitzers oder als Besitzrecht zu bezeichnen pflegt, hervorruft. Diese Wirkungen entstehen nur deshalb, weil hier ein tatsächliches Verhältnis besteht und weil dieses tatsächliche Verhältnis Dritten gegenüber offenkundig ist.

Ebenso aber verhält es sich auch mit der Vormerkung. Auch hier besteht ein tatsächliches Verhältnis, das allerdings nicht, wie der Besitz, in der Herrschaft über eine Sache besteht, sondern in etwas anderem, nämlich in dem öffentlich kundgegebenen Willen, eine dingliche Rechtsänderung auf Grund einer durch einen obligatorischen Anspruch gegebenen Berechtigung herbeizuführen. Ebenso wie durch den Besitz ist auch hier der Wille durch die Eintragung ins Grundbuch allen Dritten offenkundig gemacht. Man könnte einwenden, dann hätte das Gesetz doch nicht die Vormerkung selbst zu schaffen brauchen, sondern dasselbe Ziel einfacher dadurch erreichen können, daß es die Eintragung von auf eine dingliche Rechtsänderung gerichteten Ansprüchen zuließe. Aber dieser Einwand geht fehl. Denn wenn jemandem ein Anspruch zusteht, so ist damit noch nicht gesagt, daß er diesen Anspruch auch geltend zu machen gedenkt. Ansprüche, die der Berechtigte nicht geltend machen will, gehören aber nicht ins Grundbuch, da sie dessen Uebersichtlichkeit verwirren. Ebenso wie nicht der Wille allein, eine Sache zu beherrschen, genügt, um Rechtswirkungen hervorzurufen, sondern der Besitz selbst erforderlich ist, so genügt auch nicht der Anspruch allein, selbst wenn er — die Möglichkeit hierzu vorausgesetzt — eingetragen wäre, sondern es muß die Eintragung der Vormerkung selbst hinzukommen. Außerdem wird hierdurch der bedenkliche Zustand, daß einige Ansprüche eintragungsfähig wären, andere dagegen nicht, daß obligatorische Ansprüche also verschieden behandelt würden, vermieden. Ferner müßte sich, wenn der Anspruch selbst eingetragen

---

[109]) Auf diesen Streit kann hier nicht näher eingegangen werden; über die Gründe, die für und gegen die beiden Ansichten sprechen, vergl. die großen Kommentare zu §§ 854 ff.

wäre, dessen Uebertragung usw. nach den Normen des Sachenrechts richten, nicht nach denen des Schuldrechts, was höchst unerwünscht wäre. Aus diesen Gründen war ebenso wie das besondere Institut des Besitzes das besondere Institut der Vormerkung notwendig.

Ebenso wie der Besitz absolute Rechtswirkungen erzeugt, so ist auch der Grundbuchvermerk „Vormerkung" imstande, solche Wirkungen zu erzeugen. Ebenso aber wie der Besitz dem Besitzer nur soweit Schutz gewährt, wie er ihn braucht, ebenso schützt auch die Vormerkung den Berechtigten nur insoweit, als dies notwendig ist. Damit kommen wir zu einem weiteren Punkte, der noch der Betrachtung bedarf. Es erhellt nämlich hieraus, daß das Gesetz der Vormerkung keine andere rechtliche Natur beilegen konnte als die eines Grundbuchvermerks. Jede andere Konstruktion der Vormerkung hätte dem Berechtigten mehr Schutz verliehen, als er ihn nötig hat, und hätte vor allem nicht nur den Berechtigten selbst geschützt, sondern auch den anderen Teil verpflichtet. Dies aber durfte nicht der Fall sein. Denn derjenige, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird, soll seine volle Handlungsfreiheit behalten. Hier kommt uns wieder unsere Untersuchung über den Zweck der Vormerkung zugute. Der Zweck der Vormerkung ist, die Nachteile, die der starre Aufbau des Sachenrechts gegenüber dem beweglichen Aufbau des Schuldrechts, der sich für das Sachenrecht aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit nicht eignete, bringt, auszugleichen. Der Zweck der Vormerkung ist es dagegen nicht, die Vorteile, die das Sachenrecht vor dem Schuldrecht gewährt, wieder umzustoßen. Das Sachenrecht gewährt dem Inhaber einer Sache oder eines Rechts die absolute Herrschaftsmöglichkeit darüber, bis ein anderer diese Sache oder dies Recht oder ein dingliches Recht daran erwirbt. Diese freie Herrschaftsmöglichkeit darf dem Inhaber der Sache oder des Rechts durch eine darauf ruhende Vormerkung nicht beeinträchtigt werden. Deshalb durfte das Gesetz die Vormerkung oder den Anspruch nicht als dingliches Recht oder auch nur als Vorstufe zu einem dinglichen Recht (ius ad rem, Erwerbsberechtigung usw.) konstruieren; denn dann wäre dem Inhaber der Sache oder des Rechts die freie Herrschafts-

möglichkeit darüber genommen, bevor ein anderer ein Recht daran nach den Vorschriften, die das Sachenrecht als zum Erwerb von Grundstücken oder Rechten erforderlich aufstellt, erlangt hat. Aus dem gleichen Grunde durfte es auch die Vormerkung nicht als Veräußerungsverbot oder Verfügungsbeschränkung konstruieren; denn auch hierdurch würde der Inhaber des Grundstücks oder Rechts in seiner freien Verfügungsmöglichkeit beschränkt werden. Deshalb konnte das Gesetz, wollte es konsequent sein, dem Berechtigten nur eine Sicherung verschaffen, die dem anderen Teil keinen Rechtsnachteil bringt (daß sie ihm wirtschaftliche Nachteile bringen kann, indem sie ihn wirtschaftlich seiner Verfügungsmöglichkeit beraubt, ist irrelevant, da das Gesetz nur mit rechtlichen, nicht mit wirtschaftlichen Erwägungen zu tun hat), und diese Möglichkeit gewährt allein die Konstruktion der Vormerkung als reiner Grundbuchvermerk. Nur ein solcher sichert den Berechtigten, ohne den anderen Teil zu verpflichten; er bleibt rechtlich genau so frei, wie er es auch vorher war. Es rächt sich hier, daß die anderen Schriftsteller nicht die Stellung der Vormerkung in der Systematik des B.G.B. und ihren aus dieser Systematik heraus zu entwickelnden Zweck berücksichtigen; ihnen fehlt der höhere Maßstab für die Beurteilung der Rechtsnatur der Vormerkung, und so kommen sie zu falschen Konstruktionen.

Die einzige aus der Systematik des Gesetzes heraus zu rechtfertigende Konstruktion der rechtlichen Natur der Vormerkung ist also die: **Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk.** Sie ist kein rechtliches Institut im eigentlichen Sinne, sondern nur ein rechtliches Institut in weiterem Sinne, nämlich ein tatsächliches Institut, das rechtliche Wirkungen erzeugt. Insofern ist sie ein ähnliches Institut wie der Besitz.

Weiter darf die Bestimmung der Rechtsnatur der Vormerkung nicht gehen. Denn jeder Zusatz würde nicht mehr die Rechtsnatur der Vormerkung betreffen, sondern bereits eine Definition der Vormerkung geben. Es ist der Fehler der anderen Schriftsteller, die die Vormerkung ebenfalls als Grundbuchvermerk auffassen, daß sie die Wirkungen dieses Grundbuchvermerks bereits gleichzeitig darlegen und so eine Definition der Vor-

merkung statt ihre rechtliche Natur geben. Ebenso wie die rechtliche Natur der Hypothek lautet: „Die Hypothek ist ein dingliches Recht", allenfalls noch: „Die Hypothek ist ein Belastung", nicht dagegen: „Die Hypothek ist eine dingliche Belastung eines Grundstücks oder Rechts in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist", ebensowenig darf man die Rechtsnatur der Vormerkung derart bestimmen, daß man sagt: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Wirkungen hat, daß . . . . . usw", sondern die Rechtsnatur der Vormerkung darf allein lauten: „Die Vormerkung ist ein tatsächliches Institut" oder: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk".

---

3. Abschnitt.

Die Definition der Vormerkung.

Dennoch glaube ich, daß die mir gestellte Aufgabe hiermit nicht erschöpft ist, sondern daß es, da das Gesetz die Wirkungen eines solchen Instituts, anders als z. B. bei dem Institut „dingliches Recht", nicht bestimmt, auch noch weiter zur Aufgabe gehört, eine Definition der Vormerkung zu finden, aus der man die Wirkungen der Vormerkung bestimmen kann. Dies soll im folgenden versucht werden.

Zunächst seien hier die Ansichten der anderen Schriftsteller, die ebenfalls in der Vormerkung einen Grundbuchvermerk sehen, untersucht.

Biermann[110]) definiert die Vormerkung folgendermaßen: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert; sie ist etwas durchaus Positives und dabei durchaus Eigenartiges, das weder unter einen höheren Begriff zu bringen

---

[110]) Widerspruch und Vormerkung, S. 184; ebenso Komm. zu § 883.

noch durch Analogien zu erklären ist“ [111]). Diese Definition ist erstens zu unbestimmt, denn sie sagt nicht, wie weit die Vormerkung die genannten Ansprüche „in dinglicher Weise“ sichert; zweitens ist sie aber auch falsch; denn wenn die Vormerkung diese Ansprüche nur „in dinglicher Weise“ sicherte, so müßte der Vormerkungsberechtigte auch von dem Dritterwerber die Erfüllung des gesicherten Anspruchs verlangen könen; das ist aber nicht der Fall; denn gegen diesen hat er nur einen Anspruch auf Zustimmung zu der Erfüllung durch den Schuldner (§ 888).

Sawitz [112]) sagt: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der dem persönlichen Anspruch absoluten Schutz verleiht ..... Die Vormerkung ist eine Rechtslage, aus der unter Hinzutritt gewisser Bedingungen dingliche Ansprüche erwachsen“. Auch hieraus geht nicht hervor, welche dinglichen Wirkungen denn aus der Vormerkung erwachsen, wie weit also ihre Wirkungen gehen. Daß Sawitz die Vormerkung als Rechtslage bezeichnet, ist richtig; es bedeutet dasselbe wie „faktisches Verhältis, aus dem Rechtswirkungen entstehen“, entspricht also auch unserer Konstruktion.

Güthe [113]) nennt die Vormerkung einen „Grundbuchvermerk mit einzelnen rechtlichen Wirkungen, wie sie sonst nur dinglichen Rechten zukommen, nämlich Sicherungswirkung, Rangwirkung und Vollwirkung“. Duchesne [114]) beschränkt sich auf die Feststellung, sie sei lediglich „ein mit Rechtswirkung ausgestatteter Grundbuchvermerk“. Voß [115]) erklärt sie für „ein mit der Grundbuchverfassung und der durch diese begründeten Rechtsstellung zusammenhängendes Sicherungsmittel“. Cosack-Mitteis [116]) nennen sie „einen vorbereitenden Grundbucheintrag, der den An-

---

[111]) Den ersten Teil der Biermann'schen Definition übernimmt wörtlich auch Walsmann (Verzicht, S. 86).

[112]) S. 116, 118.

[113]) Gruchot, Bd. 57, S. 3.

[114]) Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, Bd. 13, S. 681 f.

[115]) Jher.Jahrb. Bd. 60, S. 339.

[116]) 7. u. 8. Aufl., 2. Bd., S. 94.

spruch auf eine dingliche Rechtsänderung durch das Mittel einer Verfügungsbeschränkung zu sichern bestimmt ist". Planck[117]) sagt: „Die Vormerkung ist ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur, ähnlich einem Veräußerungsverbot. Sie hat dingliche Wirkung". Dieselbe Definition bringt Warneyer[118]). v. Thur[119]) bezeichnet sie als ein „Sicherungsmittel gegen die nach allgemeinen Grundsätzen mögliche Vereitelung des ihnen zu Grunde liegenden obligatorischen Anspruchs". Kober[120]) nennt sie ein „formelles Sicherungsmittel mit einer Art dinglicher Wirkung, gleichartig einer Verfügungsbeschränkung". Philippsen[121]) sieht in ihr einen „Grundbuchvermerk, welcher dem persönlichen Anspruch absoluten Schutz verleiht".

Alle diese Definitionen sind nicht falsch, aber sie sagen alle nicht, wie weit diese Sicherung denn geht, inwieweit also die Vormerkung absolute oder dingliche Wirkungen hat oder absoluten Schutz gewährt und worin dieser besteht. Denn daß die Vormerkung nicht nur dingliche Wirkungen hat, sondern auch andere, zeigt doch gerade § 888. Alle bisher zitierten Definitionen sind unvollständig und viel zu unbestimmt; denn man will doch gerade aus der Definition bestimmen können, wie die anderen, nicht im Gesetz geregelten Wirkungen der Vormerkung sind; das aber kann man mit Hilfe dieser Definitionen, mit denen sich nur die schon vom Gesetz aufgestellten Wirkungen erklären lassen und auch das manchmal nur teilweise, nicht.

Dasselbe gilt von den Gerichtsurteilen, die sich mit dieser Frage befassen. Das Kammergericht[122]) sagt: „Die Vormerkung ist nach der herrschenden, in ständiger Rechtsprechung vertretenen Meinung nur ein Grundbuchvermerk, der vom Gesetze mit einzelnen dinglichen Wirkungen ausgestattet ist". Aehnlich urteilt

---

[117]) Zu § 883.
[118]) S. 54.
[119]) Bd. 1, S. 184.
[120]) Zu § 883.
[121]) S. 50.
[122]) K.G.J. 50, S. 173.

auch das Reichsgericht [123]). An anderer Stelle [124]) begnügt sich das Kammergericht damit, zu sagen: „Die Vormerkung ist eine Verlautbarung des schuldrechtlichen Anspruchs". Noch nichtssagender ist die Definition, die das Kammergericht an anderer Stelle [125]) von der Vormerkung gibt: „Die Vormerkung bildet lediglich ein Nebenrecht des Anspruchs aus dem Schuldverhältnis, indem sie dessen Träger die Möglichkeit gewährt, seinen Anspruch auch dem späteren Erwerber eines dinglichen Rechtes gegenüber zu verwirklichen". Diese Definition erklärt nur die Wirkung des § 888, nicht aber die Wirkung im Konkurs, in der Zwangsversteigerung, die Rangwirkung usw.

Auch die Definitionen, die die Gerichte bringen, sind als allzu lückenhaft abzulehnen.

Waren diese Definitionen (mit Ausnahme der Biermannschen) wenigstens nicht falsch, so gibt es einige Schriftsteller, die die Vormerkung falsch definieren. So ist es unrichtig, wenn Bendix [126]) sagt: „Die Vormerkung ist ein konstitutiver, durch eine dinglich wirksame Verfügungsbeschränkung eine Definitiveintragung sichernder vorläufiger Grundbucheintrag". Die Vormerkung sichert die Definitiveintragung, aber nicht durch eine „dinglich wirksame Verfügungsbeschränkung", wie bereits oben gezeigt, sondern auf ganz andere Weise. Güthe-Triebel [127]) erklären, die Vormerkung sei „ein unter keinen anderen Rechtsbegriff zu bringendes eigenartiges Sicherungsmittel (R.G.Z. 113, S. 403, Bd. 116, S. 239), also weder ein dingliches Recht noch ein bloßer Grundbuchvermerk". Sie scheitern daran, daß sie sich keinen „bloßen Grundbuchvermerk" mit materiellrechtlichen Wirkungen vorstellen können.

Am verworrensten und fehlerhaftesten ist jedoch die Definition, die R.G.R.K. [128]) der Vormerkung beilegt. Dort heißt es:

---

[123]) R.G.Z. Bd. 65, S. 261; Bd. 81, S. 289.
[124]) K.G.J. 43 A 215.
[125]) K.G.J. 32 A 214.
[126]) Gruchot Bd. 49, S. 531.
[127]) G.B.O. § 25 Anm. 14.
[128]) Zu § 883 Anm. 8.

„Die Vormerkung ist ein teils dem Recht der Schuldverhältnisse, teils dem Sachenrecht angehörendes Rechtsverhältnis. Ueberwiegend ist jedoch ihre rechtliche Natur nach ersterer Richtung. Sie untersteht daher im allgemeinen dem Recht der Schuldverhältnisse. Nur soweit das Gesetz sie durch besondere Bestimmungen einem dinglichen Recht gleichstellt, finden die entsprechenden Vorschriften des Sachenrechts Anwendung". Dazu ist zu bemerken: die Vormerkung ist nur ein dem Sachenrecht angehörendes Rechtsverhältnis; denn im Schuldrecht ist ein Grundbucheintrag überhaupt nicht denkbar. Ihre rechtliche Natur ist weder überwiegend dem Schuldrecht noch dem Sachenrecht zugeneigt, sondern hat, da sie nur ein tatsächliches Institut ist, mit beiden nichts zu tun. Daß sie im allgemeinen dem Recht der Schuldverhältnisse untersteht, ist nicht Folge ihrer rechtlichen Natur, sondern eine Folge dessen, daß sie den Anspruch sichert, also auch sein Schicksal teilen muß und deshalb im allgemeinen nach schuldrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Bei den sonst sehr guten Gedanken, die R.G.R.K. bei der Vormerkung entwickelt (es sind neben den Rosenberg'schen vielleicht die besten Ausführungen eines Kommentars), ist eine so grundlegend verfehlte Definition besonders zu bedauern. Nach den übrigen Ausführungen hätte man eine etwas bessere Definition erwartet.

Die Ansichten der bisher zitierten Schriftsteller sind also sämtlich abzulehnen, da sie entweder nur eine unzulängliche (oft völlig unzulängliche) oder gar eine falsche Definition der Vormerkung geben. Eine richtige Definition ist aus dem Gesetze nicht zu finden, da dieses keine Definition gibt. Deshalb muß auch hier wieder der oben gefundene Zweck herangezogen werden. Danach soll die Vormerkung dem aus einem eine dingliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäft Berechtigten die gleiche wirtschaftliche Stellung gewähren, wie das Gesetz sie dem aus einem nur eine schuldrechtliche Rechtsänderung erstrebenden Rechtsgeschäft Berechtigten gewährt, soweit dies ohne Verletzung positiver Gesetzesvorschriften möglich ist, und, wie wir später gesehen haben, darf diese wirtschaftliche Gleichstellung dem anderen Teil keinen Rechtsnachteil zufügen. Wie kann eine solche wirt-

schaftliche Gleichstellung erreicht werden? Doch nur so, daß man dem aus der Vormerkung Berechtigten, da man ihm das Recht selbst noch nicht verschaffen kann und auch keinen Teil oder keine Vorstufe desselben, ohne mit den Normen des Sachenrechts in Konflikt zu kommen, die Möglichkeit gibt, für seinen Anspruch gegen den Verpflichteten die gleiche Befriedigung zu erlangen, wie er sie im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung hätte erlangen können.

Wodurch kann man dem Berechtigten diese Möglichkeit geben? Man kann dies nur dadurch, daß man dem Verpflichteten im Zeitpunkt der Geltendmachung der Vormerkung bis zu dem Zeitpunkt, in dem auf Grund dieser Geltendmachung der Vormerkung die endgültige dingliche Rechtsänderung eingetragen ist, oder genauer gesagt, bis zu dem Zeitpunkt, wo der Verpflichtete alles getan hat, was er tun muß, damit die endgültige Rechtsänderung eintreten kann, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in dem er dem Berechtigten eine bindende Einigungserklärung über den Eintritt dieser Rechtsänderung abgegeben hat (sei es durch Abgabe oder Einreichung dieser Erklärung vor dem Grundbuchamt oder durch Aushändigung einer ordnungsmäßigen Eintragungsbewilligung, im Falle der Eigentumsübertragung nur durch Abgabe der Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamte), die gleiche rechtliche Stellung einräumt, die er im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung innehatte, bzw., falls er inzwischen gestorben ist, seine Erben an seine Stelle treten läßt. Eine rechtliche Beschränkung in seiner Verfügungsbefugnis, wie sie z. B. durch Eröffnung eines Konkurs- oder Zwangsversteigerungsverfahrens eintritt, muß also dem Berechtigten gegenüber im Augenblick der Geltendmachung der Vormerkung wegfallen.

Diese Einräumung der gleichen rechtlichen Stellung an den Verpflichteten, wie er sie im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung innehatte, kann auf zweierlei Weise vor sich gehen. Der erste Weg ist, daß man die Eintragung des endgültigen Rechtes so behandelt, als wäre sie bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung erfolgt. Dieser Weg ist jedoch nicht gangbar; denn er würde zur Folge haben, daß der Berechtigte, wenn das für ihn vorgemerkte dingliche Recht eingetragen würde,

so behandelt werden müßte, als habe er das Recht bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung erworben. Er hätte dann also z. B. einen Anspruch auf Herausgabe der zwischen der Eintragung der Vormerkung und der Eintragung des endgültigen Rechts gezogenen Früchte; das aber würde dem Zweck der Vormerkung, dem Berechtigten nur den Anspruch auf die dingliche Rechtsänderung zu sichern, zuwiderlaufen; ihm würde das Recht bereits früher verschafft werden als es ihm nach den allgemeinen Regeln des Sachenrechts zustände.

Deshalb ist nur der zweite Weg gangbar, nämlich der, die rechtliche Gleichstellung des Verpflichteten nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung zurückzubeziehen, sondern sie von dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Vormerkung an für die Zukunft neu zu schaffen und zwar solange, bis er alles zum Eintritt der dinglichen Rechtsänderung seinerseits Erforderliche getan hat.

Aus allen diesen Erwägungen heraus folgt, daß man die Vormerkung nur folgendermaßen definieren kann:

Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der — vom Zeitpunkt der Geltendmachung der Vormerkung an bis zum Zeitpunkt der Abgabe einer bindenden Einigungserklärung über den Eintritt der angestrebten dinglichen Rechtsänderung seitens des Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten — dem Verpflichteten dieselbe rechtliche Stellung gegenüber dem Berechtigten verschafft, wie er sie im Zeitpunkt der Eintragung dieses Grundbuchvermerks innehatte.

Diese Definition ist nicht nach Art des Vorgehens sämtlicher anderer Schriftsteller aus den der Vormerkung vom Gesetze beigelegten positiven Einzelwirkungen gefunden worden, sondern systematisch von einer höheren Warte aus, nämlich aus dem aus der Systematik des B.G.B. und der Stellung des Institutes der Vormerkung in ihr entwickelten Zweck in Verbindung mit der auf demselben Wege gefundenen Rechtsnatur der Vormerkung. Diese Definition ist also frei von allen subjektiven Gesichtspunkten des Verfassers und frei von allen Zufälligkeiten, wie ihnen alle

anderen Schriftsteller, denen diese höhere Warte fehlt, naturgemäß ausgesetzt sind, gefunden worden und bietet so eine Gewähr für ihre Richtigkeit.

---

4. Abschnitt.

Die Prüfung der Richtigkeit dieser Definition an den vom Gesetz der Vormerkung beigelegten Wirkungen.

Dies zeigt sich auch, wenn man von der hier gefundenen Definition aus die einzelnen vom Gesetz der Vormerkung beigelegten Wirkungen betrachtet. Sie alle lassen sich nach unserer Definition ohne jede Schwierigkeit erklären. Die im § 888 ausgesprochene relative Unwirksamkeit anspruchswidriger Verfügungen ist nötig, um dem Verpflichteten wieder die gleiche rechtliche Stellung zu verschaffen, die er bei der Eintragung der Vormerkung innehatte. Zugleich geht aus unserer Definition auch hervor, daß die anspruchswidrige Verfügung erst dann unwirksam wird, wenn der Vormerkungsberechtigte die Vormerkung geltend macht, daß sie bis dahin also wirksam ist (bestritten!), daß also z. B. die inzwischen gezogenen Früchte dem Dritten gebühren. Auch die Rangwirkung des § 883 Abs. 3 entspricht unserer Definition. Sie bedeutet nicht etwa, wie es zunächst scheinen könnte, eine Rückbeziehung des Eintritts des Rechts auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung; nur der Rang, nicht das Datum des Rechts richtet sich nach der Eintragung der Vormerkung, letzteres richtet sich erst nach der Eintragung des Rechtes selbst.

Auch der Ausschluß der Einreden des Erben (§§ 884, 1971, 1974, 1990, 2016) ist nur eine Folge unserer Definition: Da der Erblasser zur Zeit der Eintragung der Vormerkung unbeschränkt haftete, muß es jetzt auch der an seine Stelle getretene Erbe. Ebenso ist es mit der Wirkung der Vormerkung im Konkurs und Zwangsvergleich (K.O. §§ 24, 221, 193) und in der Zwangsversteigerung (Z.V.G. § 48). Befand sich damals der Verpflichtete nicht im Konkurs, so haftet er auch jetzt nicht anteilmäßig, sondern

in voller Höhe (K.O. §§ 47, 24) [129]). Ebenso muß im Falle der Zwangsversteigerung der Ersteher dem Vormerkungsberechtigten gegenüber genau so gestellt werden, wie der Verpflichtete ihm gegenüber zur Zeit der Eintragung der Vormerkung stand.

Andere Wirkungen hat das Gesetz der Vormerkung nicht beigelegt. Die Wirkungen aber, die das Gesetz ihr beigelegt hat, erklären sich, wie wir gesehen haben, alle mühelos aus unserer Definition der Vormerkung. Dabei sind wir nicht gezwungen, wie die anderen Schriftsteller, die die Wirkungen nur danach beurteilen, ob sie dinglich sind oder nicht, weil ihnen der von uns gefundene Maßstab der höheren Einteilung fehlt, einen Teil der Wirkungen als Regel, einen anderen als Ausnahmen hinzustellen, sondern nach unserer Definition muß die Vormerkung alle diese Wirkungen, die das Gesetz ihr beigelegt hat, haben, für uns sind sie alle Regel, keine ist Ausnahme.

---

5. Abschnitt.

Weitere Wirkungen der Vormerkung.

So zeigt sich, daß nur nach der hier gefundenen Definition sich alle diese Wirkungen ohne irgendwelche Schwierigkeit erklären lassen.

Von diesem Maßstab aus müssen wir auch entscheiden, welche Wirkungen die Vormerkung in den Fällen hat, wo das Gesetz schweigt. Es können nur die Hauptwirkungen herausgegriffen werden; will man auch die nebensächlichen Wirkungen beurteilen,

---

[129]) Daß K.O. § 221 Abs. 2 nur für Vormerkungen auf Grund einstweiliger Verfügung gilt, erklärt sich daraus, daß in der Bewilligung der Vormerkung durch Bewilligungserklärung des Erben ein Verzicht auf die Einrede der beschränkten Haftung zu erblicken ist. Ebenso in den in §§ 1990 Abs. 2, 1992 geregelten Fällen. Diese stellen demnach nicht, wie Biermann (S. 162 f.) glaubt, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dar, sondern sind nur eine logische Folge unserer Definition.

so genügt es auch hier an Hand unserer Definition festzustellen, welche Wirkung die Vormerkung im Einzelfalle haben muß.

Nicht anwendbar sind die §§ 873, 874 auf die Vormerkung; denn diese ist kein dingliches Recht. Die Eintragung der Vormerkung erfolgt gemäß § 885. Wird der Anspruch übertragen, so geht auch die Vormerkung ebenso wie Hypotheken und Pfandrechte nach § 401 auf den Zessionar über; denn da sie den Anspruch sichern soll, so muß sie auch sein Schicksal teilen. Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch verpfändet wird. Ebenso geht die Vormerkung zusammen mit dem Anspruch auf den Erben über (genau so wie der Besitz) [130]). Wird auf den Anspruch durch Erlaßvertrag verzichtet, so erlischt auch die Wirkung der Vormerkung.

Eine Uebertragung oder Verpfändung der Vormerkung allein ist dagegen nicht möglich; denn da sie nur ein tatsächliches Institut ist, kann sie ebensowenig übertragen werden wie der Besitz [131]). Auch ein Verzicht auf die Vormerkung ist nicht möglich, ebensowenig wie ein Verzicht auf den Besitz. Möglich ist nur, ebenso wie nur die Dereliktion der besessenen Sache möglich ist, die Aufgabe der Vormerkung durch Aufgabeerklärung und Löschung analog § 875.

Ebenso ist § 889 auf die Vormerkung nicht anwendbar. Denn da der Anspruch erlischt, wenn das Grundstück oder Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet war, mit dem Eigentum zusammenfällt, weil der Gläubiger keinen Anspruch gegen sich selbst haben kann, so erlischt auch die Wirkung der Vormerkung, die ja das Schicksal des Anspruchs teilt.

Auch § 902 ist auf die Vormerkung nicht anwendbar. Dies ergibt sich ebenfalls aus der von uns aufgestellten Definition der

---

[130]) So auch K.G., Beschl. v. 15. Mai 1930 in Dt. Richterztg. 1930, S. 388, allerdings mit falscher Begründung. Denn die Vormerkung geht nicht deshalb über, weil, sie „Rechtslage" ist, sondern weil sie das Schicksal des Anspruchs teilt. Rechtslagen = tatsächliche Institute können nicht übergehen, ebenso wie nicht der Besitz vererbt wird, sondern die besessene Sache.

[131]) Nur die besessene Sache kann begrifflich übertragen werden, vergl. Anm. 130.

Vormerkung. Denn zur Zeit der Eintragung der Vormerkung unterlag der Anspruch der Verjährung, es ist also nicht einzusehen, weshalb er nach der Eintragung der Vormerkung der Verjährung entzogen sein sollte.

Besonders bestritten aber ist die Frage, welche Wirkung die Vormerkung im Falle des gutgläubigen Erwerbs des Anspruchs durch Dritte vom Nichtberechtigten äußert, und die Frage, ob die fälschliche Eintragung einer nicht bestehenden oder nicht so bestehenden Vormerkung oder die fälschliche Löschung einer Vormerkung das Grundbuch unrichtig im Sinne des § 894 machen und dem Benachteiligten ein Berichtigungsanspruch bzw. das Recht zur Eintragung eines Widerspruchs gegen die oder zu Gunsten der Vormerkung zusteht. Ueber diese Fragen der Anwendbarkeit der §§ 891—893 und der §§ 894 und 899 auf die Vormerkung gehen die Meinungen der Wissenschaft sehr auseinander, und auch die Rechtsprechung hat sich, besonders in jüngster Zeit, wiederholt mit diesen Fragen beschäftigt, so daß ein etwas ausführlicheres Eingehen darauf auch in dieser Arbeit gerechtfertigt erscheint.

Zunächst soll untersucht werden, ob und wieweit die Bestimmungen der §§ 891 bis 893 auf die Vormerkung anwendbar sind.

Die Anwendbarkeit des § 891 auf den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch lehnen fast sämtliche Schriftsteller einmütig ab, da die Vormerkung kein Recht sei [132]). Deshalb begründe die Eintragung der Vormerkung keine Vermutung für das Bestehen und die Löschung der Vormerkung keine Vermutung für das Erlöschen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß alle Schriftsteller, die den Anspruch sich nicht in ein Recht verwandeln lassen, zu diesem Ergebnis kommen müssen. Merkwürdigerweise aber kommt selbst

[132]) So Biermann, S. 187; Wolff, § 48 VII 1; Heck, S. 201; Sekler, S. 135 ff.; Philipsen, S. 86 ff.; Leyser, S. 22; Heinrich, S. 70; Bongartz, S. 70; Vervier, S. 99 f.; Staudinger, Planck, R.G.R.K., Rosenberg zu §§ 883, 891 usw.

Othmer[133]) zu diesem Ergebnis, obwohl er, der den Anspruch sich durch die Eintragung der Vormerkung in ein Recht verwandeln läßt, folgerichtig auch den Anspruch unter den Schutz des § 891 stellen müßte. Hier schrickt er selbst davor zurück, die Konsequenzen seiner Theorie zu ziehen, indem er bemerkt, daß es doch noch einen geringen Unterschied zwischen eingetragenen und vorgemerkten Rechten gebe[134]), was er sonst ständig leugnet.

Auch die Rechtsprechung lehnt die Anwendung des § 891 auf den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch ab[135]).

Auch aus unserer Definition des Zweckes der Vormerkung geht klar hervor, daß § 891 keine Anwendung auf den Anspruch finden kann. Denn die Vormerkung soll den Anspruch nicht verändern, sondern den Berechtigten nur soweit sichern, wie er auch im Schuldrecht gesichert ist; im Schuldrecht aber steht dem Erwerber einer Forderung auch keine Vermutung für das Bestehen der Forderung zur Seite.

Während die Anwendbarkeit des § 891 auf den Anspruch allgemein abgelehnt wird, nehmen viele Schriftsteller an, § 891 sei wenigstens auf die Vormerkung selbst anwendbar insofern, als das rechtsgültige Zustandekommen und Bestehen einer aus dem Grundbuch ersichtlichen Vormerkung nicht von demjenigen bewiesen zu werden brauche, der sich auf die Vormerkung berufe, sondern das Gegenteil von dem Gegner nachgewiesen werden müsse. Die gesetzlichen Erfordernisse der Eintragung einer Vormerkung seien als vorhanden anzunehmen: „Legalia praesumuntur“[136]).

Es ist richtig, daß nicht der Vormerkungsberechtigte beweisen muß, daß die gesetzlichen Erfordernisse zur Eintragung der Vormerkung vorhanden gewesen sind und die Vormerkung den Umfang und Inhalt habe, wie er im Grundbuch ersichtlich ist, aber dies folgt nicht aus § 891 B.G.B. — der deshalb keine An-

---

[133]) S. 86.

[134]) S. 87.

[135]) So Obergericht Kaunas (Kowno) in J.W. 1926, S. 2870.

[136]) so Sekler, S. 136; Othmer, S. 86; Ebner, S. 56; Bongartz, S. 70, sowie die meisten Kommentare.

wendung finden kann, weil die Vormerkung kein Recht ist und man den § 891 als Ausnahme von dem Grundsatz, daß derjenige, der sich auf etwas beruft, dies auch beweisen muß, nicht extensiv auslegen darf —, sondern es folgt dies, worauf merkwürdigerweise bisher kein Schriftsteller gekommen zu sein scheint, aus § 418 Abs. 1 Z.P.O. Denn das Grundbuch ist eine öffentliche Urkunde und begründet deshalb bis zum Beweise des Gegenteils vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen, also auch der Tatsache, daß die Vormerkung gesetzlich zulässig eingetragen ist und den im Grundbuch angegebenen Inhalt und Umfang hat.

So können wir feststellen, daß § 891 weder auf die Vormerkung noch auf den durch sie gesicherten Anspruch Anwendung findet, daß allerdings § 418 Abs. 1 Z.P.O. dieselbe Wirkung hervorruft, als wenn § 891 B.G.B. auf die Vormerkung selbst — nicht auf den Anspruch — Anwendung fände.

Ebenso wie die Anwendbarkeit des § 891 wird auch die des § 892 auf die Vormerkung von den meisten Schriftstellern abgelehnt, auch hier mit der Begründung, § 892 sei nur auf Rechte anwendbar, die Vormerkung sei aber kein Recht[137]). Auch von der Rechtsprechung wird diese Ansicht vertreten[138]). Für die Anwendbarkeit des § 892 auf die Vormerkung erklären sich nur wenige Schriftsteller, darunter natürlich vor allem diejenigen, die entweder die Vormerkung für ein Recht halten oder den Anspruch sich in ein Recht verwandeln lassen, wie Othmer und Sekler[139]). Auch Ebner[140]) hält eine analoge Anwendung des § 892 mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse für geboten. Ebenfalls für analoge Anwendung erklärt sich Sawitz[141]) mit

---

[137]) So Wolff § 48 VII 1; Biermann, S. 190; Philipsen, S. 66ff.; Leyser, S. 22; Petersen-Enge, S. 46; Katz, S. 12; Heinrich, S. 70; Strohal, S. 10; Staudinger, Planck R.G.R.K., Rosenberg, zu § 892; Güthe-Triebel zu G.B.O. § 25 Anm. 14.

[138]) Vgl. R.G.Z. 118, 234.

[139]) So Othmer, S. 86 ff.; Sekler, S. 137 ff.

[140]) S. 59.

[141]) S. 118.

der Begründung, das in § 892 waltende Prinzip sei, dem Erwerber eines Grundstücksrechts um der Verkehrssicherheit willen die Richtigkeit des Grundbuchs zu gewährleisten; aus diesem Prinzip folge, daß auch derjenige, der zwar nicht ein dingliches Recht erwerbe, wohl aber eine Rechtslage, geschützt werden müsse. Dem muß entgegengehalten werden, daß § 892 als eine Ausnahme von dem Satz: „Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet", nicht extensiv auf Rechtslagen ausgedehnt werden darf.

Bongartz[142]) fordert eine Anwendung des § 892 auf die Vormerkung mit der Begründung, der eingetragene Nichteigentümer sei befähigt, trotz seiner Nichtberechtigung über Rechte zu verfügen, also müsse er auch Vormerkungen eintragen lassen können. Diese Begründung ist offenbar falsch; der eingetragene Nichteigentümer ist keinesfalls befähigt, über das Recht zu verfügen. Seine an sich unwirksame Verfügung gilt nur als wirksam und das auch nur zu Gunsten des Berechtigten, im übrigen ist sie unwirksam und der Verfügende nicht zu Verfügungen befähigt.

Aus diesen Gründen ist mit Recht im Einklang mit der herrschenden Meinung und dem Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 892 auf den Erwerb einer Vormerkung abzulehnen; die Vormerkung ist kein Recht, und eine Ausdehnung des § 892 über Rechte hinaus ist, da sie eine Ausnahmebestimmung ist, nicht zulässig.

Während die Anwendung der §§ 891 und 892 auf die Vormerkung ziemlich allgemein abgelehnt wird, wird vielfach die Anwendbarkeit des § 893 bejaht, sogar das Reichsgericht hat sich in neuester Zeit dazu bekannt. Zwar lehnt die herrschende Meinung die Anwendbarkeit des 1. Halbsatzes aus denselben Gründen ab wie die des § 892, aber den 2. Halbsatz des § 893 hält sie, wenigstens für bewilligte Vormerkungen, für anwendbar, da die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung über das Recht, in Ansehung dessen die Vormerkung eingetragen werde, enthalte. Wenn dem so ist, so kann allerdings kein Zweifel bestehen, daß auf dem Umwege über § 893 die Vormerkung doch noch

---

[142]) S. 71 ff.

des Schutzes des guten Glaubens teilhaftig wird. Aber liegt in der Bewilligung einer Vormerkung wirklich schon eine Verfügung über das Recht? Dies ist die Frage, auf die alles ankommt; bejaht man sie, so wird man § 893 auch auf die Bewilligung einer Vormerkung anwenden müssen, verneint man sie, so ist auch § 893 nicht anwendbar.

Es gilt daher, zunächst den Begriff der Verfügung klarzustellen. Mit diesem hat sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 90, S. 399 sehr eingehend beschäftigt. Danach besteht das wesentlichste Merkmal eines Verfügungsgeschäftes in der unmittelbaren Einwirkung des Berechtigten auf das Recht, durch das dieses, sei es in seinem Bestande oder in dem Verhältnis des Berechtigten zu ihm, eine Veränderung irgendwelcher Art erleidet, im Gegensatz zu den bloßen Verpflichtungsgeschäften, durch welche nur die Rechtslage einer Person im Verhältnis zu einer anderen geändert wird. Noch klarer drückt sich das Reichsgericht aus, wenn es in Anlehnung an die Definition Staudingers[143]) in Bd. 94, S. 82 und Bd. 106, S. 112 ausführt: „Verfügungen im Sinne des B.G.B. sind nur solche Rechtsgeschäfte, welche unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtes abzielen," und hinzufügt: „Dies gilt auch für den § 893". Dieser Verfügungsbegriff, wie ihn das Reichsgericht hier aufgestellt hat, soll auch unseren Betrachtungen, ob die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung ist, zu Grunde gelegt werden[144]).

Daß § 893 nicht auf Vormerkungen, die auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen werden, anwendbar ist, wird allgemein anerkannt, da § 893 nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung findet. Wie aber ist es bei der vom Grundbucheigen-

---

[143]) Vorbem. VIII vor §§ 104 ff.

[144]) Auf den andersartigen Verfügungsbegriff Sohms im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 28 S. 195: „Verfügungen sind Geschäfte, die durch Zuwendung eines Vermögensrechts den Gegner einseitig bereichern" soll hier nicht näher eingegangen werden. Verfasser hält ihn nicht für richtig; Raape, S. 182 Anm. 2, dürfte überzeugend seine Unrichtigkeit dargelegt haben.

tümer bewilligten Vormerkung? Ist die Bewilligung einer Vormerkung ein Rechtsgeschäft, welches unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts abzielt? Diese Frage wird von den meisten Schriftstellern, die sich mit ihr befassen, bejaht, so insbesondere von Wolff[145]), Strohal[146]), Gierke[147]), Raape[148]), Sekler[149]), Othmer[150]) — der übrigens noch treffender als das R.G. den Begriff der Verfügung folgendermaßen definiert[151]): „Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche ohne Vermittlung eines weiteren Rechtsgeschäfts die Begründung, Uebertragung, Aenderung, Aufhebung eines Rechtes bewirken" —, ferner von Katz[152]), der aus der Entstehungsgeschichte des § 893 dessen Anwendbarkeit auf die Vormerkung zu beweisen sucht, Vervier[153]), Heck[154]) u. a. Auch die Mehrzahl der großen Kommentare steht auf demselben Standpunkt, u. a. Staudinger-Kober, Planck und Rosenberg[155]). Ebenso vertritt auch die Rechtsprechung die Theorie, daß die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung über das von ihr betroffene Recht enthalte, so früher schon das Kammergericht in einem Urteil vom 8. Januar 1925[156]) und in neuester Zeit insbesondere auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungen Bd. 118, S. 234 und 121, S. 46 ff. Gegen diese Ansicht, daß die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung über das von ihr betroffene

---

[145]) § 48 IV.
[146]) S. 11, 21 ff.
[147]) § 119 Anm. 152, 153.
[148]) S. 110 f.
[149]) S. 143 f.
[150]) S. 103 f.
[151]) ebendort.
[152]) S. 22 ff.
[153]) S. 103, wo er sagt: „Die Eintragung der Vormerkung stellt einen Verfügungsakt dar". Vervier meint aber wohl nicht die „Eintragung", sondern die „Bewilligung" der Vormerkung.
[154]) S. 201.
[155]) Sämtlich zu §§ 883, 892 und 893.
[156]) Jur. Rundsch. 1925 II No. 214.

Recht enthalte, wenden sich insbesondere Biermann[175]), Heinrich[158]), Goldmann-Lilienthal[159]), Güthe-Triebel[160]) und besonders R.G.R.K.[161]) mit sehr treffender Begründung.

Diejenigen Schriftsteller und Gerichte, die die Anwendbarkeit des § 893 bejahen, begründen diese Ansicht damit, daß sie sagen, die Bewilligung einer Vormerkung wirke unmittelbar auf die Rechtsstellung des Betroffenen ein, indem sie ihn an weiteren Verfügungen über das Recht hindere. Die unmittelbare Einwirkung bestehe in der Abschwächung seines Rechts, in der Minderung seines rechtlichen Könnens. Der Bewilligende solle gehindert werden, über das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht solche Verfügungen wirksam zu treffen, durch welche der vorgemerkte Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt würde. Durch die Eintragung der Vormerkung werde die dingliche Wirkung des Anspruchs vorweggenommen, sofern er zur Entstehung und Erfüllung gelange.

Aber diese Ansicht kann nicht als richtig angesehen werden. Die Bewilligung und die daraufhin erfolgende Eintragung einer Vormerkung bewirken noch keinesfalls eine unmittelbare Veränderung oder Belastung des von der Vormerkung betroffenen Rechts, enthalten also noch keine Verfügung. Sie bereiten nur eine demnächst zu bewirkende Rechtsänderung vor. Am treffendsten führt dies in prägnanter Weise R.G.R.K.[162]) aus, wo es heißt: „Durch die Vormerkung wird eine unmittelbare Rechtsänderung nicht herbeigeführt, sondern der Eintritt einer Rechtsänderung nur vorbereitet und nach gewissen Richtungen hin gesichert. Als Gegengrund kann nicht angeführt werden, daß, wenn

---

[157]) S. 191 ff.
[158]) S. 213 f.
[159]) S. 290.
[160]) § 25, Anm. 14.
[161]) Bem. 8 zu § 883.
[162]) Bem. 8 zu § 883.

nach § 883 Abs. 2 eine der Vormerkung entgegenstehende Verfügung insoweit unwirksam sei, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, auch eine nach der Vormerkung eingetragene andere Vormerkung entsprechend unwirksam werden und daher ebenfalls eine Verfügung sein müsse. Wenn nach der genannten Vorschrift eine Verfügung gegenüber der Vormerkung unwirksam ist, muß es erst recht auch die Vorbereitung einer Verfügung sein, und deshalb ist allerdings auch die spätere Vormerkung unwirksam. Daraus folgt aber nicht, daß die bewilligte Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung ist." Diese Ausführungen treffen den Kern des Problems. Man kann ihnen nur Wort für Wort beipflichten. Das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht wird in der Tat rechtlich nicht im geringsten verändert oder belastet. Der Eigentümer kann nach wie vor wirksam darüber verfügen, und diese Verfügung hat auch dem Vormerkungsberechtigten gegenüber Wirksamkeit, bis er auf Grund der Vormerkung die endgültige Rechtsänderung eintragen läßt. Erst in diesem Zeitpunkt werden die inzwischen getroffenen Verfügungen ihm gegenüber unwirksam; macht er das Recht aber nicht geltend, so bleiben diese Verfügungen auch ihm gegenüber voll und ganz wirksam, mag auch die Vormerkung noch so lange im Grundbuch stehen. Daß die Verfügungen ihm gegenüber bei der Geltendmachung der Vormerkung unwirksam werden, ist nicht eine Folge der Vormerkung, sondern erst eine Folge der Eintragung der auf ihrer Grundlage erfolgten endgültigen Rechtsänderung. Kein Stück dieses Erwerbstatbestandes wird durch die Eintragung der Vormerkung vorweggenommen. Es ist also unrichtig, wenn das Reichsgericht [163]) ausführt: „Durch die Eintragung der Vormerkung wird die dingliche Wirkung des Anspruchs vorweggenommen, sofern er zur Entstehung und Erfüllung gelangt." Der Grundstückseigentümer erleidet also keine Abschwächung seines Rechts, keine Minderung seines rechtlichen Könnens. Ja beim Vorkaufsrecht, das doch auch Dritten gegenüber nach § 1098 Abs. 2 die Wirkungen einer Vormerkung hat, ist es sogar erforderlich, daß er eine Verfügung über das Grund-

[163]) R.G.Z. 121, 47.

stück trifft, damit das Vorkaufsrecht überhaupt ausgeübt werden kann.

Daß die Vormerkung allerdings meist den Eigentümer tatsächlich in seiner Verfügungsmöglichkeit beschränken wird, weil die Vormerkung Dritte davon abhalten wird, das Recht zu erwerben, ist richtig. Aber das ist in unendlich vielen anderen Fällen auch so, und nicht auf eine Minderung des tatsächlichen Könnens, auf eine tatsächliche Abschwächung des Rechts stellt das Gesetz es ab, sondern nur auf eine Minderung des rechtlichen Könnens, auf eine rechtliche Abschwächung des Rechts. Diese aber tritt auch nach der Eintragung einer bewilligten Vormerkung nicht ein. Deshalb stellt die Bewilligung einer Vormerkung kein Rechtsgeschäft dar, durch das ohne Vermittlung eines weiteren Rechtsgeschäfts das Recht des von ihr Betroffenen eine rechtliche Veränderung oder Belastung erleidet, und sie ist deshalb keine Verfügung über dies Recht. Der Schutz des guten Glaubens ist demnach auf die Vormerkung nicht anwendbar.

Diese Ansicht findet auch ihre Stütze in der Vorschrift des § 895 Z.P.O. Obwohl danach die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt gilt, findet doch der Schutz des guten Glaubens, wie aus § 898 Z.P.O. arg. e contr. zu entnehmen ist, auf sie keine Anwendung; das wäre unverständlich, wenn sonst die Bewilligung einer Vormerkung unter den Schutz des guten Glaubens fallen sollte. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß im Falle, daß jemand auf Bewilligung einer Vormerkung klagt und gemäß § 894 Z.P.O. rechtskräftig dazu verurteilt wird, diese Bewilligung nach § 898 unter dem Schutz des guten Glaubens stände. Dies ist nicht, wie vielfach angenommen wird, der Fall; denn § 898 Z.P.O. sagt nicht, daß diese Bewilligung unter den Schutz des guten Glaubens fiele, sondern nur, daß die Vorschriften des B.G.B. über den gutgläubigen Dritterwerb auf solche Fälle anzuwenden sind. Ob also die Abgabe einer solchen durch Urteil gemäß § 894 Z.P.O. als bewilligt geltenden Erklärung unter dem Schutz des guten Glaubens steht, beurteilt sich lediglich nach den Vorschriften des B.G.B.; nur soweit nach diesen die Bewilligung einer Erklärung unter den Schutz des guten Glaubens fällt, tut sie es auch nach § 898 Z.P.O. Da aber die bewilligte Vor-

merkung dieses Schutzes nicht teilhaftig wird, wird es auch nicht die nach Z.P.O. § 894 als bewilligt geltende Vormerkung.

Auch aus der hier aufgestellten Zweckbestimmung der Vormerkung geht hervor, daß diese des Schutzes der §§ 891 bis 893 B.G.B. nicht teilhaftig werden kann; denn die Vormerkung hat nur den Zweck, den Erwerber eines dinglichen Rechtes nicht ungünstiger zu stellen als den Erwerber einer obligatorischen Forderung; erwirbt dieser aber eine Forderung von einem Nichtberechtigten, so schützt ihn auch sein guter Glaube nicht; es ist kein Grund einzusehen, warum dies, insbesondere unter Berücksichtigung dessen, daß die Vorschriften der §§ 891 bis 893 nur Ausnahmebestimmungen sind, die keine erweiternde Auslegung ertragen, im Sachenrecht anders sein sollte. Man würde den Zweck der Vormerkung, die Schuldrecht und Sachenrecht einander wieder möglichst angleichen soll, verwischen, wollte man den Erwerb einer Vormerkung im Gegensatz zu dem Erwerb einer Forderung unter den Schutz des guten Glaubens stellen.

Es ist aus allen diesen Gründen daran festzuhalten, daß auf den Erwerb einer Vormerkung die Vorschriften der §§ 891 bis 893 keine Anwendung finden, sondern nur auf den Erwerber eines endgültigen dinglichen Rechtes. Für diesen war die Bestimmung des § 893 notwendig; denn er mußte dem eingetragenen Nichteigentümer gegenüber, wenn er mit diesem ein eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft abschloß, ebenso günstig gestellt werden, wie dieser ihm gegenüber dasteht; für den Erwerber einer Vormerkung dagegen ist dieser Schutz nicht notwendig, ja sogar sinnwidrig, da auch derjenige, der ihm gegenüber fälschlicherweise im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter eingetragen ist, nach § 892 diesen Schutz nicht genießt.

So ergibt sich, von welcher Seite man dies Problem auch betrachten mag, stets die Folgerung, daß es sowohl dem Buchstaben des Gesetzes wie auch dem Zweck der Vormerkung und der Systematik des ganzen Gesetzes nicht entspricht, wenn man die Bestimmung des § 893 und damit überhaupt eine Bestimmung des Gesetzes über den Schutz des guten Glaubens auf den Inhaber oder Erwerber einer Vormerkung anwendet.

Die andere Frage, die hier näher untersucht werden soll, ist die, ob und wie weit die §§ 894 und 899 B.G.B. auf die Vormerkung anwendbar sind. Auch hier ist der Streit der einander widersprechenden Meinungen sehr groß. Aber er wird noch besonders dadurch verwirrt, daß die meisten Schriftsteller sich überhaupt nicht darüber im Klaren sind, daß es sich hier um zwei ganz verschiedene Fragen handelt, nämlich einmal um die Frage, ob dem Vormerkungsberechtigten ein Berichtigungsanspruch gegen den Inhaber eines von der Vormerkung betroffenen Rechts zusteht, wenn die Vormerkung zu Unrecht gelöscht worden ist, und zum andern um die Frage, ob dem Inhaber eines Rechts ein Berichtigungsanspruch gegen den Vormerkungsberechtigten zusteht, wenn auf sein Recht zu Unrecht eine Vormerkung eingetragen ist. Es handelt sich in dem ersten Falle darum, ob *zugunsten* der Vormerkung ein Berichtigungsanspruch zulässig ist, in dem zweiten dagegen darum, ob *gegen* die Vormerkung ein Berichtigungsanspruch zulässig ist. Diese beiden ganz verschiedenen Fragen, die garnichts miteinander zu tun haben, werden in unzulässiger Weise meist ohne Unterschied durcheinander geworfen und in einem Atemzug behandelt, so daß oft Schriftsteller einander als Vertreter zweier verschiedener Meinungen in demselben Punkte gegenübergestellt werden, von denen der eine die eine, der andere die andere Frage behandelt und die sich in Wirklichkeit vielleicht in jeder der beiden Fragen völlig einig sind. Deshalb müssen die beiden Fälle scharf von einander unterschieden und ganz getrennt behandelt werden.

Zunächst soll hier untersucht werden, ob und inwieweit dem Vormerkungsberechtigten gegenüber dem Inhaber eines Rechts ein Anspruch auf Berichtigung, d. h. auf Wiedereintragung der Vormerkung zusteht, wenn seine Vormerkung zu Unrecht im Grundbuch gelöscht worden ist. Nach § 894 hat den Berichtigungsanspruch nur derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist. Die Vormerkung aber ist, wie gezeigt, kein Recht. Schon aus diesem Grunde kann § 894 hier nicht anwendbar sein. Aber auch aus einem anderen Grunde ist die Anwendung des § 894 auf diesen Fall unmöglich.

Ist ein Recht im Grundbuch zu Unrecht gelöscht, so ist es zwar gelöscht, aber es besteht doch weiter; insofern steht dann der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang. Ist aber eine Vormerkung zu Unrecht gelöscht, so besteht sie nicht etwa außerhalb des Grundbuchs weiter, sondern sie hört, da sie nur ein Grundbucheintrag ist und infolgedessen nur im Grundbuch selbst überhaupt bestehen kann, auf zu bestehen, die Löschung der Vormerkung bewirkt gleichzeitig das Erlöschen der Vormerkung. Ist aber die Vormerkung durch die Löschung bereits erloschen, so ist auch das Grundbuch nicht unrichtig; die gelöschte Vormerkung besteht in Wahrheit garnicht mehr; sie kann also auch nicht wieder eingetragen werden; es kann höchstens eine neue Vormerkung eingetragen werden. Da demnach im Falle einer zu Unrecht erfolgten Löschung der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht in Widerspruch steht, steht dem Anspruchsgläubiger, dessen Vormerkung gelöscht ist, auch kein Berichtigungsanspruch zu. Auch aus diesem Grunde ist demnach die Anwendbarkeit des § 894 abzulehnen. Ist aber § 894 nicht anwendbar, so ist es auch nicht § 899, der ja ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 894 zur Voraussetzung hat.

Aus diesen Gründen lehnen auch die meisten Schriftsteller die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 auf diesen Fall ab, so Biermann[164]), Leyser[165]), Heinrich[166]), Rosenberg[167]), R.G.R.K.[167]), ebenso auch das Kammergericht[168]). Demgegenüber mehren sich neuerdings die Stimmen, die die §§ 894, 899 auch dann Anwendung finden lassen wollen, wenn eine Vormerkung zu Unrecht gelöscht worden ist. So spricht sich dafür aus Staudinger[169]), allerdings ohne jede Begründung, Planck[170]) mit der Begründung, § 894 sei zwar nicht direkt anwendbar, analoge

---

[164]) S. 224.
[165]) S. 23.
[166]) S. 220.
[167]) Zu §§ 894, 899.
[168]) K.G.J. 46, 205.
[169]) Zu § 886 1e.
[170]) zu § 894 II 3b.

Anwendung aber geboten, da für Vormerkungen nichts anderes gelten könne als bezüglich der Verfügungsbeschränkungen des § 892. Diese Begründung ist offenbar nicht richtig. Denn der Berechtigte ist nicht durch die Vormerkung in der Verfügung über ein im Grundstück eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, wie oben anläßlich der Frage der Anwendbarkeit des § 893 ausführlich dargelegt worden ist, eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Verfügungsbeschränkungen auf die Vormerkung deshalb durch nichts gerechtfertigt. Heck[171]) bejaht die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 mit dem Hinweis auf die „Interessenlage". Natürlich müssen die Anwendbarkeit auch diejenigen Schriftsteller bejahen, die die Vormerkung als ein Recht ansehen. Deshalb bejahen sie auch Othmer[172]) und Sekler[173]). Besonders gestärkt aber ist die Reihe dieser Schriftsteller in allerneuester Zeit durch das R.G., das früher[174]) die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 auch verneint hatte, jetzt aber in der Entscheidung Bd. 129, S. 184 ff. sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt hat. Es führt dort aus: „Wenn auch durch die unrechtmäßige Löschung der Vormerkung der Inhalt des Grundbuchs nicht hinsichtlich eines dinglichen Rechts oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 B.G.B. bezeichneten Art unrichtig geworden ist, so ist doch für die von der relativen Unwirksamkeit betroffenen Rechte eine mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang stehende Aenderung eingetreten. Der den §§ 894, 899 B.G.B. und dem § 54 G.B.O. zugrunde liegende Zweckgedanke gebietet aber, den Grundbuchberichtigungsanspruch und die Eintragung eines Widerspruchs auch in diesem Falle zum Schutze der dem sachlichen Recht entsprechenden Lage zuzulassen." Bereits oben ist darauf hingewiesen worden, daß durch Löschung die Vormerkung erlischt, also auch im Grundbuch für die von der relativen Unwirksamkeit betroffenen Rechte eine mit der wirklichen Rechtslage nicht in Ein-

---

[171]) S. 200.
[172]) S. 98 f.
[173]) S. 145 ff.
[174]) z. B. R.G.Z. 56, 252.

klang stehende Aenderung nicht eingetreten ist. Nur für solche Fälle aber gebietet der Zweckgedanke der §§ 894, 899, den Berichtigungsanspruch zuzulassen. Auch der Hinweis auf den Zweckgedanken der §§ 894, 899 ist also verfehlt. Zwar ist eine Aenderung des Grundbuchs eingetreten, aber diese Aenderung steht mit der wirklichen Rechtslage in Einklang. Auch hat selbstverständlich der Vormerkungsberechtigte einen Anspruch für den ungerechtfertigten Verlust der Vormerkung, aber dies ist nicht der Anspruch aus § 894, sondern ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den, dessen Recht von der bisher auf ihm ruhenden Vormerkung befreit worden ist. Und dieser Anspruch geht nicht auf Wiedereintragung der gelöschten Vormerkung, sondern auf Eintragung einer neuen Vormerkung an ranggleicher Stelle bzw., wenn dies nicht möglich ist, weil inzwischen andere Eintragungen erfolgt sind und die daraus Berechtigten sich weigern, der neu eingetragenen Vormerkung den Vorrang einzuräumen, auf Zahlung einer Geldsumme. Außerdem hat der Vormerkungsberechtigte unter Umständen einen Schadenersatzanspruch gegen den Staat aus § 12 G.B.O., falls die ungerechtfertigte Löschung der Vormerkung auf einem Verschulden des Grundbuchbeamten beruht. Niemals aber hat aus den oben angeführten Gründen der, dessen Vormerkung zu Unrecht gelöscht ist, einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs oder auf Eintragung eines Widerspruchs gemäß §§ 894, 899. *Zugunsten* des Vormerkungsberechtigten besteht also kein Berichtigungsanspruch. Daran ist auch gegen das Reichsgericht festzuhalten.

Anders dagegen ist die Frage zu entscheiden, ob dem Inhaber eines Rechts *gegen* den Vormerkungsberechtigten, wenn die Geltendmachung der Vormerkung aus irgend einem Grunde, z. B. weil der durch sie gesicherte Anspruch nicht oder nicht mehr oder nicht so besteht, ausgeschlossen ist, ein Berichtigungsanspruch zusteht. Auch diese Frage ist sehr umstritten, aber man wird sie wohl doch bejahen müssen. § 894 gibt dem einen Berichtigungsanspruch, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, wenn dadurch der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem

Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht. Nun stellt zweifellos eine Vormerkung, die auf einem im Grundbuch eingetragenen Rechte ruht, keine Belastung dieses Rechtes dar, denn unter „Belastung" versteht das Gesetz einen feststehenden rechtlichen Begriff. Belastet werden kann ein Recht nur durch ein anderes Recht; denn nur ein Recht stellt eine „Belastung" im Sinne des Gesetzes dar (das Gesetz braucht den Ausdruck „Belastung" nur für „Rechte", vergl. §§ 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1204, 439, 577, 873, 881, nicht dagegen sonst, insbesondere nicht bei der Vormerkung, vergl. §§ 883 ff.). Wohl aber stellt die Vormerkung eine „Beeinträchtigung" des von ihr betroffenen Rechtes dar. Das Wort „Beeinträchtigung" ist kein speziell juristisch feststehender Begriff; das Gesetz braucht ihn nirgends in einem bestimmten Sinne. Daß die Beeinträchtigung eines Rechtes neben der Belastung eines Rechtes im § 894 besonders erwähnt ist, zeigt aber, daß das B.G.B. den Berichtigungsanspruch noch in anderen Fällen zulassen will, als wenn ein Recht durch ein anderes „Recht" beschränkt wird. Der Ausdruck „Beeinträchtigung" umfaßt jede tatsächliche Beschränkung eines Rechtes, wie immer sie auch geartet sein mag, im Gegensatz zu der nur rechtlichen Beschränkung „Belastung". Daß die Vormerkung aber eine tatsächliche Beschränkung des von ihr betroffenen Rechtes bringt, indem sie den Inhaber eines Rechtes, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in seiner Verfügungsmöglichkeit über das Recht einschränkt, ist wohl zweifellos. Unter den Begriff der Beeinträchtigung fällt auch eine Vormerkung; das zeigt schon die Tatsache, daß die Vormerkung den „Belastungen" im § 439 ausdrücklich gleichgestellt wird.

Nun ist es zwar richtig, daß, streng genommen, selbst durch das Bestehen einer Vormerkung, hinter der kein Anspruch mehr steht, die wirkliche Rechtslage mit dem Inhalt des Grundbuchs noch nicht in Widerspruch steht; denn die Vormerkung ist, selbst wenn der durch sie gesicherte Anspruch erloschen ist, noch nicht erloschen, sondern besteht fort, solange sie im Grundbuch noch eingetragen ist; aber sie ist gänzlich inhaltlos, wenn der durch sie gesicherte Anspruch nicht mehr besteht, und nützt demjenigen, für

den sie eingetragen ist, nicht im geringsten, schädigt dagegen den, auf dessen Recht sie eingetragen ist, sehr, da sie ihn in seiner tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit über dies Recht beschränkt. Der Zweckgedanke des § 894 ist aber gerade der, den Inhaber eines Rechts von solchen Beschränkungen, die ihm nur schaden, dem anderen Teil dagegen nichts nützen, zu befreien. Deshalb wird man den § 894 auch auf den Fall anwenden müssen, daß eine Vormerkung eingetragen ist, hinter der kein Anspruch mehr steht; im weiteren, wenn auch nicht im streng juristischen Sinne, steht dadurch der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage — wobei besonders zu berücksichtigen ist, daß auch der Ausdruck „Rechtslage" kein streng juristischer Begriff ist, sondern eher die tatsächliche Lage bezeichnet — nicht mehr im Einklang. Deshalb wird man einem solchen durch eine inhaltslose Vormerkung unberechtigt in seiner tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit über sein Recht beschränkten Inhaber eines Grundstücks oder Grundstücksrechts den Berichtigungsanspruch gegen den Vormerkungsberechtigten zugestehen müssen; dies erfordert der Zweckgedanke des § 894.

Auch aus anderen Erwägungen heraus erscheint diese Ansicht gerechtfertigt. Zwar können wir sie nicht durch den von uns aufgestellten Zweck der Vormerkung rechtfertigen; denn dieser muß notwendigerweise hier versagen, da er es auf die Parallele zwischen Schuldrecht und Sachenrecht abstellt, das Schuldrecht aber Berichtigungsansprüche nicht kennt, da ein Unterschied zwischen der juristischen und der tatsächlichen Rechtslage infolge des Fehlens eines grundbuchähnlichen Instituts im Schuldrecht dort nicht denkbar ist. Aber andere gewichtige Gründe sprechen für die Anwendbarkeit des § 894.

Es wird allgemein anerkannt, daß derjenige, dessen Grundstück in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Grundstücksbesitzes beeinträchtigt wird, also z. B. durch eine auf dem Grundstück ruhende Vormerkung, von dem Vormerkungsberechtigten nach § 1004 die Beseitigung, d. h. die Löschung der Vormerkung verlangen kann. Was aber dem Grundstückseigentümer billig ist, muß auch dem, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte hat, recht sein. Es wäre

völlig sinnlos, dem Eigentümer eines Grundstücks diesen Anspruch, der sich insoweit mit dem des § 894 deckt, zu geben, dem Inhaber eines das Grundstück belastenden Rechts dagegen nicht. § 1004 aber ist seiner Fassung nach auf solche Fälle nicht anwendbar.

Weiter kann nach § 886 derjenige, dessen Grundstück oder Recht von einer Vormerkung betroffen wird, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen. Wieviel mehr muß dies Recht dem Eigentümer des Grundstücks oder Rechts auch zustehen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs ihm gegenüber nicht nur dauernd ausgeschlossen ist, sondern wenn der Anspruch überhaupt nicht besteht! Dies kann er aber, da § 886 seinem Wortlaut nach auf diese Fälle nicht anwendbar ist, nur vermittels des § 894.

Aus allen diesen Gründen wird man dem Inhaber eines Grundstücks oder Grundstücksrechts oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegen den Vormerkungsberechtigten einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches, d. h. auf Bewilligung der Löschung der Vormerkung geben müssen, wenn der Anspruch nicht oder nicht mehr besteht. Ebenso wird man ihm, wenn der Anspruch nicht in dem Umfang oder mit dem Inhalt besteht, wie ihn die Vormerkung ausweist, einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, d. h. auf Zustimmung zu der Einschränkung der Vormerkung insoweit geben müssen, als die Vormerkung durch den Anspruch nicht oder nicht mehr gedeckt wird.

Soweit man aber dem Inhaber des Rechts den Berichtigungsanspruch zugesteht, muß man ihm auch die Befugnis zugestehen, einen Widerspruch gegen die Vormerkung eintragen zu lassen; denn nach § 899 Abs. 1 ist in den Fällen des § 894 die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zulässig.

Im Schrifttum wird dem Inhaber des Rechts ein Berichtigungsanspruch gegen den Vormerkungsberechtigten und der Anspruch auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Vormerkung in den eben erwähnten Fällen gegeben von

Biermann[175]), Philipsen[176]), Heinrich[177]), Feldmann[178]), Ebner[179]), Weigelt[180]), Heck[181]) u. a. Daß Othmer[182]) und Sekler[183]) Berichtigungsanspruch und Widerspruch zulassen, da sie die Vormerkung für ein Recht ansehen, ist selbstverständlich. Auch die meisten Kommentare[184]) sprechen sich bejahend hierzu aus. Rosenberg[185]) und Planck[186]) sprechen sich zwar für die Zulässigkeit des Berichtigungsanspruchs aus, wollen aber die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Vormerkung nicht zulassen, da der Zweck des Widerspruchs darin bestehe, die mit dem öffentlichen Glauben verknüpften Gefahren zu beseitigen, die Vormerkung aber dieses Schutzes nicht teilhaftig sei und deshalb ein Widerspruch gegen eine Vormerkung jeder rechtlichen Bedeutung entbehren würde. Eine solche Argumentation ist aber nicht zulässig. Wer nach § 894 den Berichtigungsanspruch zuläßt, muß zwangsläufig nach § 899 auch den Widerspruch gegen die Vormerkung zulassen. Außerdem ist die Ansicht nicht richtig, daß § 899 nur den Zweck habe, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbundenen Gefahren zu beseitigen. Dies ist gewiß ein Teil, vielleicht sogar der hauptsächlichste des Zweckes des § 899; aber dieser geht doch über diesen einen Punkt hinaus; § 899 hat, wie oben festgestellt, genau so wie § 894, den Zweck, den Inhaber eines Rechtes von solchen Beschränkungen, die ihm nur schaden, ohne dem anderen Teil zu nützen, zu befreien. Aus diesem Zweck

---

175) S. 83 f., 193 f.
176) S. 77.
177) S. 220.
178) S. 34.
179) S. 74.
180) S. 50.
181) S. 200.
182) S. 98 f.
183) S. 145 ff.
184) Staudinger zu §§ 883, 899, Biermann zu §§ 894, 899, Löwenwarter zu § 894.
185) zu §§ 894, 899.
186) §§ 886 Bem. 1e, 899 Bem. 2.

aber geht die Zulässigkeit eines Widerspruchs auch gegen eine Vormerkung hervor. Die Ansicht Plancks und Rosenbergs ist infolgedessen nicht richtig.

Auch das Reichsgericht[187]) gibt dem Rechtsinhaber einen Anspruch gegen den Vormerkungsberechtigten auf Löschungsbewilligung, läßt es allerdings dahingestellt, ob dieser Anspruch aus § 894 oder aus § 1004 resultiere. Es ist aber nach der ganzen Rechtsprechung des R.G. wahrscheinlich, daß es sich auch in den Fällen, wo § 1004 nicht anwendbar ist, für die Anwendbarkeit des § 894 erklären wird.

Gegen die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 auf den Fall, daß eine inhaltsleere Vormerkung ein Recht beeinträchtigt, sprechen sich, größtenteils aus denselben, bereits oben widerlegten Gründen wie Rosenberg und Planck, aus u. a. Achilles-Strecker[188]), Bongartz[189]), der aber § 886 auch auf diese Fälle analog anwenden will, also praktisch zu einem ziemlich ähnlichen Resultat kommt, Endemann, Vervier[190]), von den Kommentaren vor allem R. G. R. K.[191]) und Güthe-Triebel[192]).

So können wir zusammenfassend sagen, daß Berichtigungsanspruch und Widerspruch nicht zulässig sind, wenn eine Vormerkung zu Unrecht gelöscht ist, daß sie dagegen zulässig sind, wenn eine Vormerkung noch besteht, ohne einen Anspruch zu sichern — oder anders ausgedrückt: Berichtigungsanspruch und Widerspruch sind nicht gegeben zugunsten des Vormerkungsberechtigten, wohl aber gegen den Vormerkungsberechtigten.

Angesichts der großen Unklarheit, die über diese Gebiete noch herrscht, obwohl wohl über wenige Gebiete soviel geschrieben ist wie über dieses, war es notwendig, den eben besprochenen Fragen der Anwendbarkeit der Vorschriften des guten Glaubens

---

[187]) R.G.Z. 81, 289.
[188]) S. 352.
[189]) S. 67, Anm. 1.
[190]) S. 100.
[191]) Zu §§ 894, 899.
[192]) G.B.O. § 25 Anm. 13, Anm. 36.

und der Berichtigungsansprüche auf die Vormerkung längere Ausführungen zu widmen, die hoffentlich dazu dienen werden, diese so umstrittenen Fragen etwas klar zu stellen.

Auf andere Fragen bezüglich der Anwendbarkeit weiterer Vorschriften auf die Vormerkung soll dagegen hier nicht eingegangen werden. Sie sind meist verhältnismäßig einfach und werden sich stets leicht lösen lassen, wenn man den von uns aufgestellten Zweck der Vormerkung zur Hilfe heranzieht und an ihm sowie an den positiven Vorschriften des Gesetzes zu ermessen sucht, ob die Anwendbarkeit der betreffenden Gesetzesvorschrift auf die Vormerkung möglich ist und mit dem Zweck der Vormerkung in Einklang steht.

Dafür müssen wir uns zum Schluß noch einem weiteren Falle der Vormerkung zuwenden, nämlich der Vormerkung nach der Grundbuchordnung.

II. Teil.

Die Vormerkung nach der Grundbuchordnung.

Einer besonderen Behandlung bedarf noch die Vormerkung nach G.B.O. §§ 18, 76. Denn zwischen der Vormerkung des B.G.B. und der der G.B.O. bestehen erhebliche Unterschiede. Die meisten Schriftsteller haben diese Unterschiede überhaupt nicht erkannt oder tun sie mit einem einzigen Satze ab. Meist erwähnen sie sie nur, wenn sie die verschiedenen Arten der Eintragung einer Vormerkung behandeln, machen aber im übrigen gar keinen Unterschied zwischen ihr und der Vormerkung des B.G.B. Daß aber ein solcher Unterschied gemacht werden muß, darauf hat zuerst Endemann hingewiesen, dem das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen gefolgt ist. Besonders eingehend ist diese ganze Frage von Bohmeyer behandelt worden. Da sich nur wenige Schriftsteller mit der Vormerkung der G.B.O. beschäftigt haben, besteht hier nicht ein solcher Streit über die rechtliche Natur und die Definition dieser Vormerkung, wie wir sie von der Vormerkung des B.G.B. her kennen. Vielmehr weichen die einzelnen Schriftsteller hier nur in ganz geringen Einzelheiten von einander ab.

Die Grundbuchordnung läßt die Eintragung einer Vormerkung in zwei Fällen zu. Nach § 18 Abs. 2 wird eine Vormerkung von Amts wegen eingetragen, wenn der Eintragung einer Rechtsänderung formelle Hindernisse entgegenstehen, zu deren Beseitigung dem Antragsteller vom Grundbuchamte eine Frist gesetzt ist, und vor Ablauf dieser Frist eine andere Eintragung, durch die dasselbe Recht betroffen wird, beantragt wird. Der zweite Antrag kann dann erst eingetragen werden, wenn für den ersten eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen

worden ist. Die zweite nach G.B.O. § 76 zulässige Vormerkung wird dann eingetragen, wenn gegen die Ablehnung einer beantragten Eintragung eines Rechtes Beschwerde erhoben wird und das Beschwerdegericht die Eintragung einer Vormerkung anordnet. Die letztere Vormerkung ist erst von der Grundbuchordnung geschaffen worden, während die erstere in ähnlicher Form bereits im preußischen Rechte bestand. Die geschichtliche Entwicklung auch dieser Vormerkung ist bereits oben ausführlicher behandelt worden, worauf hier verwiesen sei.

Wenn wir uns hier mit der Vormerkung der G.B.O. beschäftigen, so können uns nicht die Unterschiede in der Art der Eintragung und Löschung, die darin bestehen, daß Eintragung und Löschung hier von Amts wegen erfolgen, interessieren, sondern nur die Fragen, die mit ihrer Rechtsnatur zusammenhängen, also Zweck, Rechtsnatur und Definition dieser Vormerkung. Da, wie bereits erwähnt, hier kaum Meinungsverschiedenheiten bestehen, kann ich mich sehr kurz fassen. Ueber Einzelheiten gibt insbesondere die Schrift von Bohmeyer erschöpfend Auskunft.

Der Zweck der Vormerkung von Amts wegen besteht nicht wie der Zweck der B.G.B.-Vormerkung in der Sicherung eines Anspruchs gegen den Vertragspartner auf Einräumung, Aufhebung oder Aenderung eines dinglichen Rechts. Denn in diesen Fällen ist der Anspruch bereits erfüllt. Sie hat vielmehr den Zweck, der beantragten Eintragung den Vorrang vor allen späteren Eintragungen, die dasselbe Recht betreffen, zu sichern und außerdem den Antragsteller davor zu schützen, daß durch das später eingetragene Recht die von ihm beantragte Rechtsänderung vereitelt oder beeinträchtigt wird. Daneben aber hat sie, worauf Bohmeyer[193]) mit Recht hinweist, den Zweck, die Sperrung des Grundbuchs für später beantragte Eintragungen zu verhindern, die an sich nach § 17 G.B.O. eintreten müßte, bis die zuerst beantragte Eintragung erledigt wäre. Die Eintragung der Vormerkung aber gilt bereits als Erledigung des früheren An-

[193]) S. 29.

trages und ermöglicht auf diese Weise die Eintragung weiterer Anträge, bevor der erste Antrag tatsächlich eingetragen worden ist.

Welches ist nun die Rechtsnatur dieser Vormerkung? Die Antwort sei bereits vorweggenommen: sie ist dieselbe wie die der Vormerkung des B.G.B.: ein bloßer Grundbuchvermerk. Dies ist ziemlich einfach zu beweisen. Bohmeyer, der hier ziemlich langatmige Ausführungen macht, scheint mir Schwierigkeiten zu suchen, wo keine vorhanden sind. Bevor ich aber den Beweis für die Konstruktion als bloßen Grundbuchvermerk zu erbringen suche, muß noch festgestellt werden, was die Vormerkung der G.B.O. eigentlich schützt. Sie schützt nicht einen obligatorischen Anspruch des Vormerkungsberechtigten gegen denjenigen, dessen Recht geändert werden soll; denn dieser hat bereits alles getan, was seinerseits zur Eintragung der Rechtsänderung erforderlich war, jedenfalls in materieller Hinsicht; denn Einverständnis herrscht darüber, daß die der Eintragung entgegenstehenden Hindernisse im Falle des § 18 G.B.O. nur formeller Art sein dürfen. Der obligatorische Anspruch ist bereits erfüllt. Ja, es ist, wie das Reichsgericht [194]) mit Recht betont, das Vorhandensein eines obligatorischen Anspruchs gegen den Schuldner garnicht erforderlich; denn hier ist ja bereits die dingliche Einigung erfolgt. Falsch ist allerdings das Beispiel, das das Reichsgericht hier anführt und das merkwürdigerweise auch Bohmeyer übernimmt, ohne den Fehler, den das Reichsgericht begeht, zu bemerken. Denn gerade den nicht in der Form des § 313 abgeschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrag durfte das Reichsgericht in diesem Zusammenhang nicht anführen, da der Formmangel nach § 313 geheilt wird, wenn die Auflassung erfolgt; im Augenblick der Auflassung entsteht also der obligatorische Anspruch (ob mit rückwirkender Kraft oder nicht, worüber lebhafter Streit herrscht, ist hier gleichgültig, da jedenfalls von keiner Seite bestritten wird, daß er im Augenblick der Auflassung entsteht); wenn also die Vormerkung eingetragen wird, so ist der obligatorische Anspruch tatsächlich vorhanden. Das vom Reichsgericht gewählte und von Bohmeyer bedenkenlos übernom-

[194]) R.G.Z. 55, S. 340.

mene Beispiel ist also falsch; aber das, was das Reichsgericht beweisen will, daß nämlich das Vorhandensein eines obligatorischen Anspruchs für die Eintragung der Vormerkung nicht notwendig ist, ist richtig; man muß nur ein anderes Beispiel wählen. Man denke etwa an den Fall, daß der obligatorische Vertrag z. B. wegen Unsittlichkeit nichtig ist (etwa ein Bordellverkaufsvertrag). Ein solcher Vertrag bleibt auch nichtig, wenn die Auflassung erfolgt, er wird durch diese nicht geheilt; trotzdem aber ist auch hier, wenn der Eintragung formelle Hindernisse entgegenstehen, die Eintragung einer Vormerkung zulässig. Schon daraus geht hervor, daß die Vormerkung jedenfalls nicht einen Anspruch gegen den Schuldner aus dem Kausalgeschäft schützen soll wie die Vormerkung des B.G.B. Aber sie soll auch nicht einen Anspruch gegen den Schuldner aus dem dinglichen Vertrag schützen. Das beweise folgendes Beispiel: Derjenige, dessen Recht geändert werden soll, hat dem anderen Teil eine ordnungsgemäße Eintragungsbewilligung ausgehändigt, also alles getan, was seinerseits zum Eintritt der Rechtsänderung erforderlich war; der Antragsteller aber hat sie zu Hause liegen lassen, oder er hat einen Vertreter zum Grundbuchamt geschickt, ohne ihm eine Vollmacht auszustellen; dann hat er überhaupt keinen Anspruch mehr gegen den Schuldner, da dieser alles seinerseits Erforderliche getan hat; trotzdem ist die Eintragung einer Vormerkung nach G.B.O. § 18 zulässig, da der Eintragung ein formelles Hindernis entgegensteht, nämlich die Nichtvorlegung der Eintragungsbewilligung oder der Vollmachtsurkunde. Das Hindernis ist von demjenigen, für den die Vormerkung eingetragen wird, selbst verursacht; irgend ein Anspruch gegen den Schuldner steht ihm garnicht mehr zu. Wird aber nicht ein Anspruch gegen den Schuldner geschützt, so kann nur ein Anspruch gegen das Grundbuchamt geschützt werden; und dies ist in der Tat der Fall. Geschützt wird der Anspruch des Antragstellers auf endgültige Erledigung des gestellten Antrags, der ihm auf Grund der bereits erfolgten dinglichen Einigung gegen das Grundbuchamt zusteht. Da ihm dieser Anspruch gegen das Grundbuchamt als öffentliche Behörde und nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages mit dieser Behörde, sondern aus der Amtspflicht dieser Behörde heraus zusteht, so

handelt es sich nicht um einen privatrechtlichen, sondern um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt. Zusammenfassend können wir sagen: Die Vormerkung wird eingetragen zum Schutze des dem Antragsteller auf Grund der vollzogenen dinglichen Einigung und der Amtspflicht der Behörde, auf Anruf tätig zu werden, gegen das Grundbuchamt zustehenden öffentlich-rechtlichen Anspruch auf endgültige Erledigung des Antrages auf Eintragung der beantragten Rechtsänderung. Diese Auffassung deckt sich mit der von Endemann[195]), dem Reichsgericht[196]), Bohmeyer[197]) und Güthe-Triebel[198]) vertretenen Auffassung.

Nachdem dies klargestellt ist, soll nun der Beweis für die oben aufgestellte Behauptung erbracht werden, daß diese Vormerkung ihrer Rechtsnatur nach ein bloßer Grundbuchvermerk ist. Ein Indiz dafür bietet schon der Umstand, daß diese Vormerkung sich in der G.B.O. findet, die nur formelle Erfordernisse und Rechtsinstitute behandelt. Ein weiteres Indiz bildet die Tatsache, daß die Vormerkung des B.G.B. nur ein Grundbuchvermerk ist, daß dann aber ein in einem nur die formelle Anwendung materiellrechtlicher Bestimmungen behandelnden Gesetz vorgesehenes Institut schwerlich eine stärkere rechtliche Natur haben soll. Aber dies waren nur Indizien; der Beweis ist auf andere Weise zu erbringen. Die endgültige Eintragung selbst ist nur ein formeller Grundbuchvermerk, wenn auch mit materiellrechtlichen Wirkungen (sie bringt zusammen mit der Einigung das dingliche Recht zum Entstehen); dann kann aber die Vormerkung, die doch nur eine Vorstufe der Eintragung darstellt, keine stärkere rechtliche Wirkung haben als die endgültige Eintragung selbst. Ferner bedeutet die Eintragung der Vormerkung eine Erledigung des Antrages ebenso wie die endgültige Eintragung. Auch dies spricht dafür, daß die Vormerkung dieselbe rechtliche Natur hat

---

[195]) Bd. 2, S. 414 f.

[196]) R.G.Z. Bd. 55, S. 342; insbesondere aber R.G.Z. Bd. 110, S. 207.

[197]) S. 53.

[198]) § 18, Anm. 46.

wie die endgültige Eintragung. Demnach kann man behaupten, daß die Vormerkung der G.B.O. ebenso wie die des B.G.B. ihrer rechtlichen Natur nach ein bloßer Grundbuchvermerk ist.

Aber auch dieser Grundbuchvermerk hat materiellrechtliche Wirkungen ebenso wie die Vormerkung des B.G.B. Nur müssen, wie sich aus dem besonderen Zweck dieser Vormerkung ergibt, diese Wirkungen anderer Art sein als die der Vormerkung des B.G.B. Will man demnach eine Definition dieser Vormerkung geben, so muß man diese Definition aufstellen unter Berücksichtigung ihres Zweckes, wie er oben dargelegt ist, und der einzigen Wirkung, die die G.B.O. ausdrücklich erwähnt, nämlich der Wirkung, daß sie als Erledigung des Antrages gilt. Man kann deshalb die Vormerkung der G.B.O. am besten folgendermaßen definieren:

Die Vormerkung der G.B.O. ist ein Grundbuchvermerk, der die Wirkung hat, daß sie infolge ihrer Eigenschaft, bereits eine Erledigung des auf die endgültige Eintragung gerichteten Antrags herbeizuführen, den Berechtigten, wenn die endgültige Eintragung erfolgt, rechtlich so stellt, als ob die endgültige Eintragung bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung erfolgt wäre.

Aus dieser Definition gehen auch die Wirkungen der Vormerkung hervor. Sie sichert dem Recht, wenn es endgültig eingetragen wird, den Rang vor allen nach der Vormerkung eingetragenen Rechten. Sie bewirkt ferner, daß das Recht, wenn es endgültig eingetragen wird, durch andere Rechte, die nach der Eintragung der Vormerkung eingetragen sind, nicht vereitelt oder beeinträchtigt werden kann. Sie bewirkt also, daß, wie es § 17 G.B.O. verlangt, alle Eintragungen, die dasselbe Recht betreffen wie die von der Vormerkung geschützte Eintragung, so behandelt werden, als wären sie erst nach der Eintragung des von der Vormerkung geschützten Antrags eingetragen worden.

Dagegen hat diese Vormerkung, da sie einen ganz anderen Zweck hat als die Vormerkung des B.G.B., nicht die der letzteren beigelegten Wirkungen. Insbesondere erzeugt sie keinen Anspruch

auf Zustimmung gegen den später Eingetragenen zu der Eintragung des von ihr geschützten Antrages mit Rang und Wirkung vor den späteren Eintragungen. Denn wie das Reichsgericht mit Recht betont[199]), bedarf es einer solchen Zustimmung nicht, weil der erste Antragsteller sein Recht nicht von dem des zweiten ableitet, vielmehr dessen Recht nur unter dem sich aus der Vormerkung ergebenden Vorbehalt eingetragen ist. Der zweite Antragsteller wird, um den Gedanken des Reichsgerichts fortzuführen, so behandelt, wie er behandelt würde, wenn sein Antrag nach § 17 G.B.O. erst nach der Eintragung des Antrags des ersten Antragsstellers eingetragen wäre. Denn durch § 18 soll § 17 nicht umgangen werden, sondern die Erledigung des ersten Antrags, die nach § 17 notwendig ist, gilt nur als durch die Eintragung der Vormerkung bereits erfolgt, damit eine Sperrung des Grundbuchs vermieden wied.

Aus diesen Ausführungen über die Vormerkung der G.B.O. ergibt sich also, daß sie ein von der Vormerkung des B.G.B. in vieler Hinsicht verschiedenes Institut ist. Ihre Voraussetzungen, ihr Inhalt, ihr Zweck und ihre Wirkungen sind andere als bei der Vormerkung des B.G.B. Gemeinsam aber haben beide außer ihrem Namen noch eines, nämlich ihre Rechtsnatur. Hier gilt bei beiden Vormerkungen dasselbe:

Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk.

---

[199]) R.G.Z. Bd. 110, S. 207; anders freilich früher R.G.Z. Bd. 55, S. 342.

Lebenslauf.

Am 14. Dezember 1908 wurde ich als Sohn des Rittergutsbesitzers Curt v. Haase in Wiebendorf (Meckl.) geboren. Ich besuchte die Vorschule in Schwerin und Wandsbek, darauf das Gymnasium in Wandsbek, Schwerin und Hamburg. Am dortigen Wilhelmgymnasium bestand ich am 12. Februar 1927 mein Abiturientenexamen. Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu und studierte in Freiburg, Heidelberg, Lausanne, München, Königsberg und Rostock, wo ich am 19. März 1931 mein Referendarexamen ablegte. Seit dem 1. April 1931 bin ich als Referendar beim Amtsgericht in Ludwigslust beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 31. Juli 1931 vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock.